Actio praejudicialis und Feststellungsklage.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doctorwürde von der

Juristischen Fakultät

der

Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

genehmigt

und

nebst angehängten Thesen öffentlich zu verteidigen

am 18. Juli 1894

von

Dr. phil. Walter Immerwahr

Kammergerichts-Referendar.

Opponenten:

Gerichts-Assessor Felix Claude.
Gerichts-Assessor Hermann Marggraff
Dr. iur. Conrad Immerwahr.

Seinem lieben Onkel und Vormund

Herrn Justizrath Freund

in dankbarer Verehrung

zugeeignet

vom Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535723_0009

Einleitung: Zur Theorie und Geschichte.

Die deutsche Civilprocessordnung hat in ihrem § 231 einen Entwicklungsgang gesetzgeberisch zum Abschluss gebracht, auf welchem die gemeinrechtliche Theorie der voraneilenden Praxis nur zögernd und widerwillig gefolgt war. Der Macht der Tatsachen gegenüber musste nunmehr die Erörterung des Problems, in welchem Umfange Feststellungsklagen für das gemeine Recht zulässig seien, ihren Reiz verlieren, und die Wissenschaft wandte sich, fortan auf dem sicheren Boden des Reichsrechts fussend, mit grösserem Glück der Erforschung des Wesens der Feststellungsklage selbst zu.

Das jetzt fast allseitig anerkannte[1]) Ergebnis geht dahin, dass ein Gegensatz zwischen Urteil auf Feststellung und auf Leistung heute nicht mehr construirt werden kann. Beide dienen vielmehr der Feststellung des Rechtszustandes. Dieses deklarirt einen vorhandenen Anspruch, jenes einen künftigen, oder doch die Möglichkeit eines künftigen Anspruchs, d. h. ein Rechtsverhältnis, aus welchem Ansprüche entspringen können.

Einen Streitpunkt bildet jedoch noch die Frage, ob die Feststellungsklage als ein rein processuales Gebilde, oder als ein Privatrechtsmittel anzusehen ist. Die erstere Meinung vertreten Degenkolb[2]), welcher ein abstractes, publicistisches Klagrecht aufstellt, daneben aber noch einen besonderen Anspruch auf Sicherung in der Feststellungsklage erkennen will, und zwar eine dem subjectiven Recht

---

[1]) Wach: Feststellungsanspruch 1889 S. 34. Kohler: Krit. Vierteljahrsschr. N. F. III 382 f. Process als Rechtsverh. 101 f. Processrechtl. Forsch. 63. Vgl. a. Degenkolb: Einlassungszwang u. Urteilsn.

[2]) Degenkolb a. a. O.

immanente Anwartschaft auf Sicherheit, worin ihm Plósz[1]) gefolgt ist, der eine directe Pflicht zur Anerkennung postulirt. Ferner Weismann[2]), der jedoch später einen privatrechtlichen Feststellungsanspruch anerkannt hat, Windscheid[3]), welcher in der Feststellungsklage lediglich ein Recht zur Anrufung des Richters sieht, ohne dass irgend ein Anspruch gegen den Gegner zu Grunde läge, und dementsprechend den Umfang ihrer Zulässigkeit für eine processualische, durch die CPO erledigte Frage hält, und besonders Wach.[4]) Dieser stellt den Feststellungsanspruch als Rechtsschutzanspruch hin, d. h. als ein Privatrecht und Process verbindendes öffentliches Recht, welches einerseits gegen den Staat, andrerseits gegen den Gegner gerichtet sei.

Für eine Schöpfung des materiellen Rechts halten dagegen die Feststellungsklage Westerburg, Löning, Kayser, Schollmeyer, Förster-Eccius, Wilmowsky-Levy, Kohler, Otto Fischer, Leonhard, Hellmann, Regelsberger[5]). Diese letztere Ansicht erscheint als die einfachere und folgerichtigere, wenn anders man den Parallelismus zwischen Feststellungsklage und Leistungsklage aufrecht erhalten will.

Wie dem aber auch sei — hat die dogmatische Forschung die Gleichberechtigung von Feststellungs- und Leistungsklage constatirt und ersterer damit ihren legitimen Platz im Rechtssystem gesichert, so gewinnt nunmehr wieder

---

[1]) Plósz: Beitr. z. Theorie d. Klagr. 169f.

[2]) Weismann: Feststellungsklage 1879, aber Hauptintervention 1884.

[3]) Windscheid: Pand. I[7] § 45 a. E.

[4]) Wach: Handb. d. C.P. I 79 ff. Grünhuts Ztschr. VII 627 ff. Feststellungsanspr. 1889.

[5]) Westerburg: Gruchots Beitr. XXVI 454. Löning: Widerklage (1881) 188 ff. Kayser: Arch f. d. civ. Pr. LXX 460 f. Schollmeyer: Ztschr. f. Civ.-Pr. XII 290 f. Förster-Eccius: Preuss. Privr. I[6] 232 ff. Wilmowsky-Levy: CPO I[6] 362 ff. Kohler a. a. O. Grünhuts Ztschr. XIV 9 ff., 36 ff. Otto Fischer: Ztschr. f. Civ.-Pr. X 428 ff. Recht u. Rechtsschutz (1889) 74. Leonhard: Ztschr. f. Civ.-Pr. XV 327 ff. Hellmann: Lehrb. 374 ff. Jahrb. f. Dogm. XXXI 79 ff. Regelsberger: Pand. I 679 f.

auch die zeitweilig in den Hintergrund getretene rechtsgeschichtliche Frage Interesse, welche Entwicklungsphasen die Feststellungsklage durchgemacht hat, und wie es kommen konnte, dass ihr die Existenzberechtigung zu Zeiten beinahe abgesprochen wurde.

Um dieser Frage näher zu treten, müssen wir den Contact mit jener Richtung der Forschung wiederzugewinnen suchen, welche, wie oben bemerkt, durch den Act des Gesetzgebers eine Unterbrechung erfuhr. Die damalige Streitfrage lautete nun nicht im Allgemeinen nach dem Umfange der Zulässigkeit von Feststellungsklagen, sondern sie wurde dahin präcisirt: Sind actiones praejudiciales auch noch in anderen Fällen zulässig, als in denen, welche uns in der Justinianeischen Codification als Anwendungsgebiet entgegentreten?

Das Bemerkenswerte bei dieser Formulirung ist also die völlige Identificirung der Feststellungsklage mit dem unter dem Namen der actio praejudicialis überlieferten römischen Rechtsinstitut. Demgegenüber müssen wir vom Standpunkt der heutigen Processtheorie aus zwei Fragen aufwerfen:

I. Findet die moderne Feststellungsklage ihre Wurzeln im römischen Recht?

II. Ist die actio praejudicalis die Feststellungsklage des römischen Rechts?

Die erste Frage ist durch die verdienstvolle Untersuchung Weismanns[1]) ihrer Beantwortung wesentlich näher gerückt worden. Derselbe hat durch sorgfältige Prüfung der Receptionsgeschichte constatirt, dass die Feststellungszwecken dienenden Rechtsinstitute jener Zeit auf dem mittelalterlichen italienischen Recht basiren; dass die hierhergehörigen Formen dieses letzteren aber von deutschen Rechtsgedanken heherrscht werden, sucht Weismann durch eine vorausgeschickte Uebersicht analoger deutschrechtlicher Institute zu beweisen. Das römische Recht berücksichtigt Weismann — als für die Entwicklung der modernen Feststellungsklage belanglos — nicht. Diese Unterlassung beeinträchtigt jedoch die volle Schlüssigkeit seines Beweises; denn um den deutschrechtlichen

[1]) Die Feststellungsklage. Bonn 1879.

Ursprung unserer Feststellungsklage unwiderleglich zu machen, ist der Nachweis der Unmöglichkeit ihrer Herleitung aus dem römischen Recht unumgänglich. Die Vertreter der Ansicht, dass actiones praejudiciales im gemeinen Recht unbeschränkt zulässig seien, haben sich denn auch durch Weismanns Ausführungen nicht widerlegen lassen.[1])

Die nachfolgenden Untersuchungen sollen sich hauptsächlich mit der zweiten Frage, nämlich mit der Stellung der actio praejudicialis im römischen Recht beschäftigen. Auf Grund der gewonnenen Resultate soll dann auch der ersten Frage so weit näher getreten werden, als neben Weismanns Ausführungen noch erforderlich scheint.

---

[1]) Vgl. Windscheid Pand. I [7] § 45.

I

Römisches Recht.

A. Geschichtliche Vorbedingungen.

Die beiden hauptsächlichsten processualischen Institute des vorklassischen römischen Rechts, das Verfahren mittels legis actio sacramento und sponsio praejudicialis[1]) hatten die Eigentümlichkeit, hinsichtlich des eigentlichen Streitobjects auf ein declaratorisches, nicht auf ein condemnatorisches Urteil hinauszulaufen. Es gab also eigentlich — um den modernen Ausdruck zu gebrauchen — nur Feststellungsklagen; die Verwirklichung des in ihrer Klagbehauptung enthaltenen Anspruchs musste sich die siegreiche Partei durch geeignete Formulirung der letzteren im Voraus sichern. Dies ging bekanntlich so weit, dass man schon bei der Begründung des unterliegenden Rechtsveehältnisses die Condemnationsformel „damnas esto" vorwegnahm.

Den Unzuträglichkeiten, die ein derartiges Verfahren mit sich bringen musste, machte die Einführung und die allmähliche Entwicklung der auf condemna-absolve lautenden formula ein Ende. Dem Bedürfnis nach petitorischen Klagen war damit abgeholfen, — nicht minder notwendig erwies sich jedoch die weitere Gewährung von Feststellungsklagen. Für diese konnte man entweder die alten Institute bestehen lassen, oder im Rahmen des neuen Verfahrens eigene Formeln schaffen. Beides geschah; auf die Streitfrage, ob sich die neuen formulae praejudiciales aus dem sacramentum,

---

[1]) Vgl. Keller Semestria I 7. Bekker Aktionen I 249 ff., Stintzing: Ueber d. Verhältn. d. legis a. sacr. zu d. Verf. durch sponsio praejud. 1853.

aus den Sponsionen, oder aus keinem von beiden entwickelt haben,[1]) kann hier nicht eingegangen werden. Im Grossen und Ganzen darf man sich den Entwicklungsgang wohl so denken, dass zunächst noch alle Feststellungsklagen dem alten Verfahren überlassen blieben; selbstständige Praejudicialverhältnisse dem Centumviralgericht[2]), Incidentfragen der vom Praetor angeordneten sponsio praejudicialis.[3]) Absolute Normen lassen sich jedoch, wie gesagt, hierfür nicht aufstellen. Der legis actio wurde der Lebensnerv durch die Augusteische Reform unterbunden, welche sie auf das Centumviralverfahren beschränkte und die Competenz dieses Gerichtshofes stark beschnitt.[4]) Die sponsio jedoch war noch zur Zeit des Gaius in Uebung und wurde erst allmählich durch die Neubildungen ersetzt, die wir im nächsten Abschnitt zu betrachten haben.[5])

B. Das klassische Recht.

Die Statusklagen gehörten, wie aus den eben citirten Angaben Ciceros zu entnehmen ist, zur Competenz des Centumviralgerichts, wurden also mittels legis actio eingebracht. Im klassischen Recht treten uns jedoch für Statusverhältnisse allenthalben actiones praejudiciales entgegen. Die Neuerung hat sich als lebenskräftig erwiesen, denn sie hat sich bis auf Justinians Zeiten erhalten und ist von diesem sanctionirt worden. Beachtenswert ist hierbei, dass die auf dem Boden des Formularprocesses erwachsenen Statuspraejudicien sich erhalten haben, ob-

---

[1]) Vgl. Bülow: De praej. form. Diss. Breslau 1859 S. 9. v. Bethmann-Hollweg Civilpr. II 327. Demelius Krit. Vierteljahrsschr. VIII 501. Bekker a. a. O. 283. Leonhard: De natura act., quae praej. voc. Diss. Berl. 1874 S. 40.

[2]) Cic. de orat I 38, 173: iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, adluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum, ceterarumque, rerum innumerabilium iura versentur.

[3]) Cic. pro Quinct 30 vgl. in Verr. II 5,14. Gai. IV 94 f.

[4]) Suet. Oct. 36. Dio Cass. 54, 26.

[5]) Gai. IV 93, l. 30 D. 42, 5

gleich das kaiserliche Cognitionsverfahren, dem ursprünglich die Statusverhältnisse streng entzogen waren, schon früh von dieser Materie Besitz ergriff. Zum Vergleich diene eine Constitution Severs und Caracallas aus dem Jahre 203: l. 1 C. de ord. jud. 3, 8: Adite praesidem provinciae et ruptum esse testamentum Fabii Praesentis agnatione filii docete. Neque enim impedit notionem eius, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super causa status cognoscere non possit: pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in judicium devocatur, examinare, quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat. Das Gegenteil zeigt aber bereits ein Rescript Diocletians und Maximians l. 7 C. ne de statu defunct. 7, 21: Si pater tuus veluti ingenuus vixit nec status controversiam, quasi fisci servus esset, apud praesidem provinciae, qui super huiusmodi quaestionibus judicare solet, sed apud curatorem rei publicae non competentem judicem passus est etc. Ein Nebeneinanderbestehen von praejudicium und extraordinaria cognitio zeigt uns Ulpian l. 1 § 2 D. de rei vind. 6, 1: Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. petuntur igitur aut praejudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria. l. 3 § 3 D. de liberis exhib. 43, 30: ceterum cessat interdictum et succedere poterit notio praetoris, ut apud eum disceptetur, utrum quis in potestate sit, an non sit (vgl. l. 5 § 18 D. de agnosc. lib. 25, 3 l. 27 § 1 D. de lib. caus. 40, 12).

Diese Praejudicialformeln haben nun zwei hervorstechende Eigentümlichkeiten: Sie bestehen nur aus einer Intentio: Gai. IV 44: certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis, vgl. Theophilus zu § 13 J. 4, 6: *τύπος ἀπὸ ἰνεντίωνος μόνης συγκείμενος, οὐδὲ γὰρ ἔχει καταδίκην ἐν ἑαυτῇ*,[1]) und sie haben — wie selbstverständlich — keine Condemnation zur Folge, sondern der Richterspruch ergeht in der Form der pronuntiatio.[2]) Was endlich die Art der Frage-

[1]) Vgl. Jul. Vict. ars rhetor. III 5.

[2]) Vgl. l. 7 § 1 D. 5, 3; l. 1 § 16 D. 25, 3; l. 1 D. 40, 14 u. a. m. Zachariae, Ztschr. f. gesch. Rechtsw. XIV 4, 95 ff. Leonhard a. a. O. 41.

stellung anlangt, so scheint die gegenüber vielen anderen Hypothesen vertretene Ansicht Lenels[1]), wonach dieselbe in indirecter Fassung mit an eingeleitet (an ingenuus sit etc.) erfolgte, die meiste Wahrscheinlichkeit für sich zu haben. Denn ein Nachsatz zu dem von Rudorff und Anderen befürworteten si paret etc. ist schwerlich zu construiren. Wer aber das parere für unentbehrlich hält, kann nur direct paretne etc. fragen.

Ausser diesen die grosse Mehrzahl bildenden und häufig erwähnten actiones praejudiciales für Statusverhältnisse finden wir aber im klassischen Recht noch hier und da andere Klagen erwähnt, die als praejudicia bezeichnet werden. Diesen vereinzelten Spuren soll jetzt nachgegangen werden.

L 30 D. de rebus auctor. jud. 42, 5: Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt eos qui bona sua negant iure venisse praejudicio experiri debere et frustra a principe desiderare rescindi venditionem.

Die Divi Fratres verweisen hier also Imploranten, welche Rescission einer angeblich unrechtmässigen bonorum venditio erbitten, auf den Weg der Praejudicialklage. Im Allgemeinen lässt sich nun nicht annehmen, dass die Petenten, wenn ihrem Wunsche gemäss die Unrechtmässigkeit der bonorum venditio constatirt worden war, bei diesem Ergebnis sich beruhigt hätten, wie z. B. Leonhard[2]) anzunehmen scheint. Die Hauptsache dürften ihnen die materiellen Rechtsfolgen gewesen sein, welche sich an ein ihnen günstiges Praejudicialurteil knüpfen sollten, und grade diese letzteren sind von Wichtigkeit, um den Charakter dieses praejudiciums zu erkennen.

Was heisst zunächst unrechtmässige bonorum venditio? Der klassische Digestentitel, dem auch unsere Stelle entnommen ist, beginnt mit den Worten des Gaius: Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet. Der Zusammenhang wird klar durch die Edictsworte l 7 § 1 D quibus ex causis in possessionem 42, 4. Praetor ait: Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur,

---

[1]) Lenel, Ed. perp. 249.

[2]) a. a. O. 64.

eius bona possideri vendique jubebo vgl. Gai. III 78. Wer also als indefensus bonorum venditio erlitten hatte und wieder zu dem Seinigen gelangen wollte, musste nachweisen, dass nicht latitatio fraudationis causa, sondern absentia de causa probabili[1]) in seinem Falle vorgelegen hätte. Hierfür wäre doch aber die in integrum restitutio ein weit praktischeres Mittel gewesen, als eine actio praejudicialis, bei welcher der Kläger eventuell mit jedem einzelnen Besitzer seiner bona hätte anbinden müssen. Hierum kann es sich also nicht gehandelt haben, sondern die Constatirung der Unrechtmässigkeit der bonorum venditio muss für die Petenten aus anderen Gründen von Wichtigkeit gewesen sein. Welches diese Gründe waren, wissen wir aus dem Process des P. Quinctius, welcher sich ungefähr $2^1/_2$ Jahrhunderte vor dem Rescript der Antonine abgespielt hat, und die eben gepflogene ausführliche Erörterung galt nur dem Nachweis, dass sich dieses letztere auf den gleichen Fall bezogen haben muss, was für die spätere Klassificirung unseres Praejudiciums von Bedeutung ist.

Der Gegner des Quinctius verlangt vom Praetor, ut sibi Quinctius iudicatum solvi satis det ex formula: quod ab eo petat, quoius ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint.[2]) Wer nämlich solches über sich hatte ergehen lassen, galt gleich dem Bankeruttirer für infam (Gai. IV 154: id est ut ignominia quae accidit ex venditione bonorum, vgl. lex Julia mun. 117 ff.) und musste vor jedem Process Satisdation leisten (Gai. IV 104: propter personam (scil. satisdatur) veluti si cum eo agitur qui decoxerit, cuiusve bona creditoribus possessa proscriptave sunt). Quinctius weigert sich, da er die Rechtmässigkeit der missio in bona bestreitet. Darauf erzwingt der Praetor eine sponsio praejudicialis: jubet P. Quinctium sponsionem cum Sex. Naevio facere: si bona sua ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non essent. Der Schwerpunkt liegt hier natürlich auf den Worten ex edicto[3]), d. h. ob ein fraudationis causa latitare vorgelegen hat.

An der Stelle dieser Sponsio finden wir zur Zeit der

---

[1]) Vgl. l. 28 D ex quib. caus. maiores 4, 6.

[2]) Cic. pro Quinct. 8, 30.

[3]) Vgl. Cic. a. a. O. 27.

Antonine ein praejudicium. Und grade für diesen Fall war ein praejudicium das bei weitem geeignetste Mittel, da die beiden Hauptfunctionen, die wir von einem solchen verlangen, hier zur Geltung kommen mussten. Es entschied eine für den künftigen Prozess bedeutsame Vorfrage und es verwirklichte keinen petitorischen Anspruch, sondern sicherte nur dem Kläger seinen Status dignitatis inlaesae.

Paulus Sent. V 9, 1. Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur. huius enim praejudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis: ideoque in longiorem diem concipitur.

In dieser vielumstrittenen Stelle werden zwei Praejudicien erwähnt, von denen das zweite genannt, das erste aber erst zu construiren ist. Soviel ist klar, dass es sich um die cautio pro praede litis vindiciarum handelt,[1]) dass diese in Verbindung mit einem Praejudicium hier erscheint, und dass dieses Praejudicium in longiorem diem concipitur als das an zweiter Stelle genannte. Dass im vorliegenden Falle die cautio zu leisten ist, bestätigt uns Ulpian l. 12 D. qui satisdare cog. 2, 8: Inter omnes convenit heredem sub condicione pendente condicione possidentem hereditatem substituto cavere debere de hereditate, et si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem. et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa jubere solet stipulationem solvi. Die letzten Worte deuten schon an, welche Bewandtnis es mit der longior dies hat. Zum Ueberfluss bringt uns l. 8 D. de stip. praet. 46, 5 folgende Notiz aus Paulus: qui sub condicione institutus est, adgnita bonorum possessione cogitur substituto in diem cavere longiorem. Die stipulatio p. p. l. v. wird also nicht für einen sofort

[1]) Vgl. Gai. IV 16.

zu verhandelnden, sondern für einen erst später, deficiente condicione, zu erledigenden Rechtsstreit erzwungen.

Jetzt fehlt uns nur noch das Praejudicium, welches in longiorem diem concipitur, also jetzt stattfinden soll, während das eigentliche Judicium späterer Zeit vorbehalten wird. Huschke[1]) formulirt dasselbe: an longior videretur dies condicionis. Damit ist nichts anzufangen; denn ob eine condicio gestellt war, musste ja aus dem Testament hervorgehen, auf das beide Parteien sich berufen, und ob diese condicio früher oder später sich entscheiden würde, war vom Zufall, wenigstens nicht von einem Praejudicium abhängig. Es bleibt also nur noch die Erklärung möglich, dass das Praejudiz entscheiden sollte, ob eine hier wesentliche Bedingung vorlag, kurz wie Leonhard[2]) befürwortet: „Utrum haec cautio imponenda esset.“ Dass hierüber aber keine Praejudicialklage stattfinden konnte, beweist l 1 § 9 D. de stip. praet. 46,5 (Ulpian): Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur, ipse praetor debet super ea re summatim cognoscere et cautum jubere aut denegare.

Das erste Praejudicium ist also offenbar nur aus dem zweiten heraus zu construiren. Schulting[3]) bezieht dieses letztere auf die von der lex Julia und Papia Poppaea geregelten Ansprüche des Patrons an die Erbschaft Freigelassener, resp. auf die Feststellung der Grösse der letzteren (vgl. Ulpian reg. 29), Bülow[4]), Heffter[5]), Rudorff[6]) auf die Höhe des Vadimoniums unter Berufung auf Gaius IV 186 resp. Aurel. Victor de Caes. 16, 11, Huschke[7]), dem Rudorff[8]) später zugestimmt hat, auf die vicesima hereditatum und das Edict des Hadrian (vgl. T. C. 6, 33). Alle diese Hypothesen haben den gemeinsamen Fehler, dass sie sich auf Specialfälle beziehen,

---

[1]) Huschke: Jurispr. Anteiust. 2. d. St.
[2]) Leonhard a. a. O. 61 f.
[3]) Schulting, Jurispr. Anteiust. 468.
[4]) Bülow a. a. O. 16 f.
[5]) Heffter, obs. ad Gai. 117 f.
[6]) Rudorff, Röm. Rechtsg. II 121.
[7]) a. a. O.
[8]) Rudorff z. Puchta Inst. § 320 ab.

welche jede Gemeinsamkeit mit dem von Paulus an erster Stelle erwähnten Fall vermissen lassen. Dass ein innerer Zusammenhang beider Praejudicien aber notwendigerweise bestanden haben muss, haben wir bereits gesehen.

Das Richtige scheint mir eine von Lenel[1]) aufgenommene und richtig gestellte Vermutung Wetzells[2]) zu enthalten, dass es sich nämlich um die Höhe des Streitobjects zur Feststellung der Competenz des Centumviralgerichts handele. Dass das Centumviralgericht nur über wichtigere Streitfragen zu entscheiden hatte, ist von vornherein einleuchtend und mehrfach zu belegen. Nach Gai. IV 95 betrug die Höhe des sacramentum vor den Cvirn stets 500 As, was also eine Objectshöhe von mehr als 1000 As voraussetzt; vgl. Cic. de orat. I 56, 238: nam quod maximas centumvirales causas in jure positas protulisti; Dial. de orat. 38: causae centumvirales, quae nunc primum obtinent locum; l. 12 pr. C. de her. pet. 3, 31: magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitioni infringi. Demgegenüber und in Anbetracht dessen, dass es sich hier um Erbschaftsangelegenheiten, die ureigentliche Domäne des Cviralgerichts, handelt, erscheint der Schluss nicht zu kühn, dass das Streitobject eine Höhe von 100 000 Sesterzen haben musste, um die Competenz der Cvirn zu begründen. Da nun durch die cautio p. p. l. v. der Richter namhaft gemacht werden musste, so hatte, wenn die Parteien über die Höhe des Streitgegenstandes nicht einig waren, eine Praejudicialentscheidung darüber zu erfolgen, an ea res de qua agitur maior sit C. sestertiis.

Auf der Grundlage dieses zweiten Praejudiciums vermag Lenel nun auch das erste in befriedigender Weise zu construiren. Er weist auf den Gegensatz zwischen ea res de qua agitur des zweiten Falls und in longiorem diem concipitur des ersten hin. Mit anderen Worten, während das zweite Praejudicium lautete: an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis, würde das erste seinem Inhalte nach dahin gehen: an ea res de qua deficiente condicione agendum erit, maior sit centum sestertiis, also mit

[1]) Lenel, Ed. perp. 415 f.

[2]) Wetzell: Röm. Vind. Proc. 59 resp. 78.

Lenel formulirt: an Sempronii hereditas maior sit centum sestertiis. Gleichviel also, ob die cautio p. p. l. v. sofort den Process im Gefolge hatte, oder in longiorem diem verlangt wurde, vor der Ernennung des Richters musste praejudiciell entschieden werden, wer überhaupt als Richter in Frage kommen konnte. Diese Praejudicien unterschieden sich folglich dadurch von einander, dass das eine in longiorem diem concipirt werden musste als das andere, und so lauten ja eben die Worte des Paulus.

Gai. IV 44: Sicut in praejudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit etc. Da wir ausser dieser Gaiusstelle keinerlei Nachrichten über das praejudicium quanta dos sit haben, so ist hier den mannigfachsten Vermutungen Thür und Thor geöffnet, ohne dass man doch hoffen durfte, zu einer Entscheidung zu gelangen. Bülow [1]) und Rudorff [2]) beziehen dasselbe auf die dem Ehemann zustehenden Retentionen, von Bethmann-Hollweg [3]) unter Berufung auf l. 69 § 4 D. de jure dot. 23, 3 und l. 36 de dot. prom. 5, 11 auf den Fall, wo nach einer nur unbestimmt erfolgten promissio dotis der Ehemann die letztere einklagt. Lenel [4]) endlich macht darauf aufmerksam, dass im Edictstitel de praediatoribus von res dotales die Rede ist (l. 54 D. de jure dot. 23, 3), und will das Praejudiz in diesen Zusammenhang verweisen.

Im Hinblick auf die eben besprochene praejudicielle Feststellung des Streitwerts in Erbschaftsprocessen, welche uns Paulus überliefert, darf ich vielleicht auf die collatio dotis verweisen. Ein analoges Verfahren lässt wenigstens Ulpian als möglich erscheinen l. 1 pr. D. de dotis coll. 37, 7: Quamquam ita demum ad collationem dotis praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem etc.

Gai. III 123. Praeterea lege Cicereia cautum est, ut is, qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat

---

[1]) a. a. O. 15.
[2]) Z. Puchta Inst. § 292b.
[3]) Civilpr. II 327 ff.
[4]) Ed perp. 314.

palam et declaret, et de qua re satis accipiat, et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit; et nisi praedixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praejudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit; et si judicatum fuerit praedictum non esse, liberantur. qua lege fideiussorum mentio nulla fit. sed in usu est etiam si fideiussores accipiamus praedicere.

Ehe Studemund die Lesart Cicereia feststellte, glaubte man die hier erwähnte lex datiren zu können und zog daraus sonderbarerweise einen Schluss auf das ausnehmend hohe Alter dieses Praejudiciums. Sicher wird man der lex Cicereia ein gewisses Alter nicht absprechen dürfen, da sie fidejussores noch nicht kennt. Eben so sicher ist aber, dass die lex als solche nichts über das praejudicium enthalten hat. Das wäre eine merkwürdige lex gewesen, die in dieser Periode neue Klagformen schuf; und gar Praejudicien, wo doch kaum die petitorische Formel sich durchgerungen hatte. Hier hat man sich durch die zusammenhängende Darstellung bei Gaius täuschen lassen, obwohl schon das ex ea lege hätte stutzig machen sollen. Das Gesetz gebot das palam praedicere bei Vermeidung der Liberation des Bürgen; die Klage aus dem Gesetz regelte der Praetor. Wäre dies nicht von vornherein einleuchtend, so könnten wir es aus l. 33 D. de V. S ersehen, wo Ulpian im 21sten Buch zum Edict sagt: „palam“ est: coram pluribus.

Dieser erste Irrtum hat einen zweiten im Gefolge gehabt, der einen Hauptstützpunkt derjenigen bildet, nach welchen, wie wir später sehen werden, die Praejudicialklagen ursprünglich dazu gedient haben, nuda facta festzustellen. Stand nämlich das praejudicium im Gesetz, so war auch natürlich die Vorschrift über die 30 Tage darin enthalten. Dann blieb aber nichts übrig, als den Beginn dieser Frist vom Tage der Sponsio an laufen zu lassen; und das haben auch diejenigen getan, die bisher auf unser Praejudicium näher eingegangen sind.[1]) Wie soll man sich das nun vorstellen? Heute verpflichtete sich der Sponsor,

[1]) Bülow a. a. O. 13. Bekker, Aktionen I 292, 294. Leonhard a. a. O. 64.

wissend, dass nicht praedicirt worden war. Am nächsten Tage bereute er das Geschäft, ging hin, verlangte ein praejudicium und wurde seiner Verpflichtung ledig; und das konnte er sich 30 Tage lang überlegen, ohne dass der Gegenpartei eine Möglichkeit gegeben wäre, ihre Unterlassung gut zu machen. Allen Chikanen wäre dadurch Spielraum geboten worden. Nein; auch dieses praejudicium ist nicht selbstständig ohne ein nachfolgendes judicium denkbar. Die Frist von 30 Tagen spielte eine grosse Rolle im römischen Gerichtsverfahren. Nach der lex Pinaria (Gai. IV 15 Macrob. Sat. I 13) resp. Rupilia (Cic. in Verr. II 2, 15) wurde der judex auf den 30sten Tag bestellt; man vergleiche ferner Serv. Verg. Aen. VI 431: et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post diem trigesimum suas causas exsequerentur; Gai. IV 18: condicere autem denuntiare est prisca lingua itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur, nam actor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX adesset. 30 Tage mussten, wie wir oben sahen, nach der missio in bona verstreichen, ehe zur bonorum venditio geschritten wurde (Gai. III 79); die gleiche Frist schreibt die lex Julia municipalis 43 ff. dem adtributus zur Zahlung vor. Grade also bei Schuldverhältnissen spielte diese Frist eine Rolle. Nun haften nach der lex Furia die Sponsoren und Fidepromissoren in viriles partes (Gai. III 121). Wurden sie belangt, und ihnen das judicium auf den 30sten Tag bestellt, und sahen sie zu ihrer unangenehmen Ueberraschung, dass sie sich über den Umfang ihrer Verpflichtung getäuscht hatten, was nicht hätte vorkommen können, wenn ihnen praedicirt worden wäre, so konnten sie innerhalb der 30 Tage, die noch bis zum Process verblieben, das erwähnte praejudicium an praedictum sit verlangen. Damit war ihnen ein sachgemässer Schutz gegen falsche Vorspiegelungen des Gläubigers gegeben, während das oben abgewiesene Verfahren nur Rechtsunsicherheit hätte erzeugen können.

Der Kreis der bisher behandelten, sicher bezeugten actiones praejudiciales wird nun von Einigen durch Einfügung anscheinend analoger Rechtserscheinungen zu vergrössern gesucht. Hier kommt vor Allem die querella inofficiosi testamenti in Betracht, und wir werden

uns einer genauen Prüfung dieses Rechtsinstituts auf seine Praejudicialqualität hin nicht entziehen können. Eine solche befürworten v. Bethmann-Hollweg,[1]) der sie ein bloss praeparatorisches Rechtsmittel nennt, Hugo,[2]) Fabricius,[3]) Leist,[4]) Hartmann,[5]) nur bedingt Schlesinger[6]) und besonders entschieden Bekker.[7]) Einen entgegengesetzten Standpunkt vertreten vor Allem Brinz[8]) und Schröder,[9]) auch Leonhard.[10]) Die Verfechter der ersterwähnten Ansicht haben wenigstens erreicht, dass die querella inofficiosi, welche früher als qualificirte hereditatis petitio betrachtet wurde, jetzt anscheinend von der herrschenden Meinung als selbstständiges Rechtsinstitut anerkannt wird.[11])

Wir haben es hier nur mit der schärfer praecisirten Ansicht zu thun, wonach die Querell eine selbstständige Praejudicialklage ist. Zunächst muss zugegeben werden, dass die Querell sowohl als selbstständiges Rechtsschutzmittel, wie als Vorläufer einer hereditatis petitio vorkommt. (vgl. l. 6 § 1, 8 § 12 u. 16, 16 § 1 sowie l. 8 § 8, l. 20 D. h. t. 5, 2). Für die Praejudicialqualität führt man ins Feld, dass das Urteil wie bei den actiones praejudiciales als pronuntiatio bezeichnet wird,[12]) dass die Klage nur durch einengende Interpretation gegen und für eine bestimmte Person gegeben, in Wirklichkeit aber gegen das Testament gerichtet,[13]) eine accusatio testamenti[14]) gewesen sei, wie

[1]) v. Bethmann-Hollweg: Ztschr. f. Gesch. Rw. V 369, 383.

[2]) Hugo: Röm. Rechtsgesch. I 564 A. 6.

[3]) Fabricius: Urspr. d. bon. poss. 145 ff.

[4]) Leist: Bon. poss. II 2 S. 40 ff.

[5]) Hartmann: Die Querella inoff. im klass. R. Basel 1864.

[6]) Schlesinger: Krit. Vierteljahrsschr. VII 470 ff.

[7]) Bekker: a. a. O. I 227 ff. 285.

[8]) Brinz: Pand. III $^2_1$ 251 f.

[9]) Schröder: Noterbenrecht 1877 S. 393 f.

[10]) Leonhard: a. a. O. 77 A. 175 a.

[11]) Vgl. Windscheid Pand. III § 584 A. 12 f. Dernburg Pand. III § 147 A. 5.

[12]) Vgl. z. B. l 22 § 1, 26, 29 pr. D. l. 4 C. h. t. (3, 28).

[13]) Vgl. l. 14 pr. D. 49, 1: si perlusorio judicio actum sit adversus testamentum.

[14]) Vgl. Bekker a. a. O. 277 A. 10 u. die dort angef. Stellen.

denn auch der Urteilsspruch, der nur inofficiosum esse testamentum gelautet haben könne, trotzdem ipso jure die Rescission des Testaments bewirkt habe (vgl. l. 8 § 16 D. h. t.). Ferner wird auf die beachtenswerte Tatsache verwiesen, dass die Querell ebenso wie die Praejudicialklagen de statu defuncti einer 5jährigen Verjährung unterworfen war.[1]

Von gegnerischer Seite wird eingewendet, dass der Ausdruck pronuntiare zu häufig und in zu unbestimmter Bedeutung in den Quellen gebraucht würde, um daraus sichere Schlüsse ziehen zu können; auch die „accusatio testamenti" sei bildlich zu nehmen, zumal auch Ausdrücke wie damnare etc. vorkämen; endlich sei durch nichts bewiesen, dass das Urteil auf die Querell die erwähnte Form gehabt, und nicht vielmehr eine condemnatorische Klausel enthalten habe, was um so wahrscheinlicher sei, als trotz der häufigen Erwähnung der Querell nie der Ausdruck praejudicium wie bei allen übrigen anerkannten Praejudicialklagen gebraucht würde.

Nun sind wir allerdings in der Lage, zu wissen, wie ein Urteil auf eine querella inofficiosi ausgesehen hat, da wir zwei solcher Urteile und zwar ein bejahendes, wie ein verneinendes besitzen. Das eine findet sich in einem wenig beachteten Briefe des jüngeren Plinius: Plin. Ep. V 17: Pomponia Galla exheredato filio Asuvio Curiano heredem reliquerat me, dederat coheredes Sertorium Severum etc. . . . Curianus orabat, ut sibi donarem portionem meam seque praejudicio juvarem; eandem tacita conventione salvam mihi pollicebatur. Respondebam . . . in summa, non profuturum ei, si donassem, profuturum, si cessissem, esse autem me paratum cedere, si inique exheredatum mihi liqueret. Ad hoc ille, „rogo cognoscas". Cunctatus paulum „faciam" inquam . . . „sed iam nunc memento non defuturam mihi constantiam, si ita fides duxerit, secundum matrem tuam pronuntiandi." „Ut voles ait" etc. . . . Adhibui in consilium duos, quos tunc civitas nostra spectatissimos habuit. Corellium et Frontinum. His circumdatus in cubiculo meo sedi. Dixit Curianus quae pro se putabat. Respondi paucis ego: neque enim aderat alius, qui defunctae pudorem tueretur. Deinde secessi et ex consilii

[1] L. 16 a. 34 § 1 C. h. t. u. l. 1 § 1 D. 40, 15

sententia, „videtur“, inquam, „Curiane, mater tua justas habuisse causas irascendi tibi“. Post hoc ille cum ceteris subscripsit centumvirale judicium, non subscripsit mecum.

Es handelt sich also hier um ein Cognitionsverfahren, dem sich der Querellkläger freiwillig unterwirft, ehe er seine Klage bei dem ordnungsmässigen Forum des Cviralgerichts anbringt. Das Erstaunliche ist nur, dass der cognoscirende Schiedsrichter einer der künftigen Querellbeklagten selbst ist. Es wird dies verständlicher, wenn wir sehen, dass die Klage nicht gegen die scripti heredes, auch nicht gegen das Testament, sondern gegen die mater testatrix selbst gerichtet ist. Es geht dies zur Evidenz daraus hervor, dass Plinius eventuell secundum matrem Curiani pronuntiiren will, und dass er selbst die Verteidigung übernimmt, da Niemand da war, qui defunctae pudorem tueretur. Erscheint solchergestalt dies Richten in eigener Sache schon in etwas anderem Lichte, so werden unsere Bedenken noch mehr zerstreut, wenn wir uns den Gang des nachfolgenden Centumviralverfahrens vergegenwärtigen. Da die vorgeschriebene Klagform, wie wir wissen, die legis actio sacramento war; so musste Curianus den Testamentserben ein sacramentum darüber proponiren, matrem suam iustas non habuisse causas irascendi sibi, d. h. matrem non sanae mentis fuisse. Da die Gegner ein begreifliches Interesse daran hatten, dass diese Frage de statu defunctae zu Gunsten ihrer Erblasserin entschieden würde, so mussten sie notgedrungen diesem sacramentum das ihrige entgegensetzen. Da das Gericht nur über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der durch Sacrament bestärkten Behauptung zu entscheiden hatte, so ist klar, dass von einer Condemnation irgend einer der beiden processführenden Parteien nicht die Rede sein konnte. Eine eigentliche Rechtskraft hat die Pronuntiatio des Plinius natürlich nicht, denn diese würde ja in erster Linie die Indignität des Curianus bewirken, während, wie weiter unten berichtet wird, die Parteien sich vor verhandelter Querell durch Vergleich einigen. Dennoch zollt Curianus der Entscheidung so viel Achtung, dass er den Plinius nicht mit den anderen Erben durch Sacrament provocirt.

Pronuntiatio wird also auch hier das Urteil genannt.

Was bedeuten aber die Worte ut . . . seque praejudicio juvarem? Könnten sie sich auf das nachfolgende Centumviralverfahren beziehen, so wäre unsere Frage mit einem Schlage entschieden. Dies wird man jedoch nicht behaupten können, ohne der Stelle Gewalt anzutun. Die naturgemässe Erklärung bleibt die, dass Curianus dem Plinius einen Act der Collusion zumutet, um durch seinen Verzicht auf seine Erbportion die Miterben abzuschrecken, die Querell auf sich zu nehmen, also ein Praejudiz zu Gunsten des Curianus zu schaffen. Dass diese Berechnung richtig war, zeigt die Bereitschaft der Erben zum Vergleich. Bestätigt wird diese Auffassung der Stelle durch die Erklärung des Plinius, dass nicht eine donatio, sondern nur ein regelrechtes cedere seinerseits dem Curianus helfen, d. h. ihm das gewünschte Praejudiz verschaffen könne.

Wir kommen nunmehr zu der zweiten uns überlieferten Verhandlung über eine querella inofficiosi. Dieselbe findet sich im Papyrus 1492 Erzherzog Rainer (Bruns Fontes[6] 364 ff.). Es wird verhandelt vor dem Praefectus cohortis primae Flaviae Cilicum equitatae Blaesius Marianus im Jahre 124 n. Chr.

Τοῦ Ἀ[φ]ροδεισίου διὰ Σωτηρίχου ῥήτορος εἰπόντος [σ]υνελθόντα ἑαυτὸν ἀγράφως Σαραποῦτί τι[ν]ι ἐσχηκέναι ἐξ α[ὐτ]ῆς Ὠριγένην, ὃς ἐτελεύτησεν, καὶ ἄλλους· τοῦ νόμου καλ[ο]ῦντος τοὺς πατέρας ἐπ[ὶ] τὰ[ς] κληρονομίας τῶν ἐξ ἀγράφων παίδων τὸν ἀντίδικον θέλειν κατὰ διαθή[κ]ην κληρονόμον εἶναι τοῦ Ὠριγένους· οὐκ ἔχοντος ἐκείνου ἀπὸ τῶν νόμων ἐξουσίαν περιόντος πατρὸς εἰς ἄλλον τινὰ γράφειν [δια]θήκην παραξίου [πα]ρ[α]νόμο[υ] οὔσης [τ]ῆς εἰς τὸν ἀντίδι[κ]ον δι[α]θήκης ἀντιποιεῖσθ[α]ι τῶν ὑπὸ τοῦ υἱοῦ καταλειφθέν[των. Der Gegner beruft sich auf die ägyptische Testirfreiheit und das rechtsgiltige Testament. *Βλαίσιος Μαριανός· ἀναγνωσθήτω ἡ τοῦ Ὠ[ριγέν]ους δ[ιαθ]ήκη. Ἀναγνωσθείσης ἐπὶ τοῦ ὀγδόου ἔτους Ἀ[δρια]νοῦ [τ]οῦ κ[υ]ρίου Χοιὰκ τριακάδος· Βλαίσιος Μαριανὸς . . . . συλλαλήσας Ἀρτε[μι]δ[ώρῳ τ]ῷ νομ[ι]κῷ [π]ε[ρὶ τ]οῦ πράγματος ὑ[πη]γόρευσεν ἀπὸ [ν]όμω[ν δι]εγνῶσθα[ι] κατὰ λέξ[ιν ο]ὕτως· ὁ τελευτήσας*

Ὠρι[γένης ὢν ἐξ ἀγρά]φ[ω]ν [γάμων] κ[ατὰ νόμ[ω]ν [γρά-ψαι] φα[ίνετ]α[ι] κληρονόμον διαθήκη[ς] ἐξουσία[ν] μὴ ἐσ[χη]κώς τ[οῦ] πατρ[ὸς αὐ]τοῦ [ζ]ῶν[τ]ος.

Auf die Behauptung des Gegners, der Sohn sei *ἐξ ἐγγράφων γάμων* hervorgegangen, wird dem Kläger der Beweis seiner gegenteiligen Ausführungen binnen 60 Tagen auferlegt.

Dieses Zeugnis bestätigt vollauf die aus dem Briefe des Plinius gezogenen Schlüsse. Wieder ist der Streitgegenstand die testamenti factio des Testators, nur dass ausser der Inofficiosität auch rechtliche Gründe gegen dieselbe ins Feld geführt werden. Das Urteil lautet denn auch nur dahin, Origenes habe *κατὰ νόμων* testirt. Hier wird nun der praejudicielle Character der Querell sonnenklar; denn der Process ist durchaus noch nicht zu Ende. Der Behauptung des Klägers gegenüber, das Testament sei inofficiosum und injustum, erklärt der Erbe, in Aegypten könne jeder testiren, wie er wolle, wenn er nur die vorgeschriebenen Formen innehalte, er leugnet also die Zulässigkeit der Querell. Darauf ergeht die praejudicielle Entscheidung: Stammt Origenes, wie Kläger behauptet, *ἐξ ἀγράφων γάμων*, so hat er *κατὰ νόμων* testirt, da er keine testamenti factio hatte. Nunmehr leugnet der Erbe den Klaggrund: Origenes sei *ἐξ ἐγγράφων γάμων*. Darüber ergeht nun ein Beweisinterlokut: Kläger soll in dem 60 Tage später anberaumten Termin die angefochtene Behauptung beweisen. Das alsdann zu erlassende Urteil würde wieder als pronuntiatio zu fassen sein und etwa lauten: *Ὠριγένης φαίνεται ἐξ ἀγράφων γάμων γεγονώς*, also einem praejudicium de statu defuncti gleichkommen. Das Besondere des Falles besteht also darin, dass in Folge der Einlassungsweigerung des Testamentserben die Querell in zwei selbstständige praejudicielle Entscheidungen zerlegt ist.

Damit erscheint der praejudicielle Character der querella inofficiosi und ähnliche Testamentsanfechtungen gesichert. Eine andere Frage aber ist, ob die Querell je eine wirkliche actio praejudicialis war. Competent war, wie wir wissen, das Centumviralgericht, und zwar noch zur Zeit des Paulus, wie l. 17 pr. D. h. t. beweist. Hier

war natürlich eine formula praejudicialis ausgeschlossen. Ein Mangel einer solchen machte sich um so weniger fühlbar, als auch die petitorischen Formeln für's Erbrecht erst sehr jungen Ursprungs sind: Cic. in Verr. I 45: Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod cum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset sponsionem faceret, ita de hereditate certaret. Daneben finden wir schon zu Anfang der Regierung Hadrians, wie wir oben sahen, das Cognitionsverfahren in Anwendung. Den Praeses provinciae als zuständigen Richter finden wir noch vor Diocletian erwähnt (l. 17 C. h. t.). Diese Entwickelung war durch die Verhältnisse gegeben. Wenn auch zweifellos ist, das der besitzende Exheredatus die Querell gewissermassen widerklagend gegen die hereditatis petitio des scriptus heres erheben konnte, so war doch der Normalfall der, dass der nichtbesitzende Querellberechtigte die Klage anstrengte und sich zugleich bonorum possessio contra tabulas vom Praetor erbat: l. 6 § 2 D. h. t. si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. l. 8 pr. eod. si filius post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam. l. 2 C. h. t. quamvis de inofficioso testamento acturum te bonorum possessionem accepisse proponas etc. Was war natürlicher, als dass der Praetor die Voraussetzungen des Gesuchs selbst cognoscirte, wenn der Fall nicht zu verwickelt lag. Im letzteren Falle konnte er den Petenten vor die Centumvirn weisen, oder ihn zu einer sponsio veranlassen, oder allerdings auch ein praejudicium für diesen Zweck einrichten. Dass er aber eben dieses letztere gethan habe, ist uns nirgends bezeugt, und es wäre auch bei der Fülle der zu Gebote stehenden Rechtsschutzmittel überflüssig gewesen, da ja ein weiterer Rechtsstreit, für den die Vorfrage hätte entschieden werden müssen, nicht in Aussicht stand. Ein Einzelrichter wird denn auch in den Quellen nur einmal erwähnt: l. 8 § 16 D. h. t. si ex causa de inofficiosi cognoverit judex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum. ipso jure rescissum est, und dieser Fall lässt sich, da er auf Entscheidungen des Hadrian und Pius zurückgeht, ohne Schwierigkeit mit einer Sponsion erklären. Und die Worte des Marcellus l. 5 D.

eod. resque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, wollen in ihrer Allgemeinheit gewiss nicht auf einen judex privatus hindeuten.

Mit der Querella inofficiosi testamenti stehen und fallen aber natürlich die Nachbildungen, wie querella inofficiosae dotis, donationis, sowie die von Bekker*) auf Grund der Analogie hierhergezogene querella non numeratae pecuniae.

Muss es demnach als äusserst zweifelhaft bezeichnet werden, ob die Querella inofficiosi den actiones praejudiciales zuzurechnen ist, so ist die Einbeziehung anderer angeblicher Feststellungsklagen des römischen Rechts entschieden abzuweisen. Wir wissen, dass es keine Klagen auf Feststellung eines künftigen Rechtsverhältnisses gab: l. 35 D. de jud. 5, 1: Non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt, nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi posset: iudicium vero antequam aliquid debeatur non posse. l. 9 pr. D. de reb. cred. 12, 1: ceterum si in diem sit, vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere.

Das römische Hilfsmittel war hier die Klage auf Caution gegen den in diem Obligirten, vgl. l. 41 de jud. 5, 1: In omnibus bonae fidei iudiciis cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.

Ebensowenig gab es Klagen auf Feststellung gegenwärtiger, selbstständiger Rechtsverhältnisse über die Statuspraejudicien hinaus. So kannte das römische Recht keine Klage auf Feststellung der Erbenqualität; wollte ein nicht anerkannter Miterbe die actio familiae herciscundae anstellen, so musste er, wenn er nicht schon im Besitze war, vorher eine hereditatis petitio gegen seine coheredes durchfechten (l. 1 § 1 D. fam. herc. 10, 2), während ihm das heutige Recht zweifellos eine Feststellungsklage gewähren

*) a. a. O. 283. 285.

würde.[1]) Zwar hatte Stahl[2]) die hereditatis petitio für eine Praejudicialklage erklärt, ist aber durch Arndts[3]) widerlegt worden, ohne dass seine Ansicht weitere Anhänger gefunden hätte.

Dagegen hat man eine Feststellungsklage sehen wollen in l. 40 D. ad leg. Aquil. 9, 2: In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summatim re exposita ad suspicionem judicem adducam, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit. Die plausibelste Deutung dieser von vielen für bisher unerklärt gehaltenen Stelle[4]) scheint mir A. Pernice[5]) zu geben: Danach ist die actio legis Aquiliae begründet durch die Zerstörung des Schuldscheins. Noch nicht aber ist das Interesse des Klägers festgestellt, da dieses von der Bedingung abhängig ist. Also nicht die condemnatio ist bedingt, was nach l. 1 § 5 D. quando appellandum sit 49, 5 als ausgeschlossen erachtet werden muss, sondern die aestimatio.

Endlich ist von Bähr[6]) als Beispiel einer Feststellungsklage angesprochen worden l. 3 pr. D. ut in poss. legat. 36, 4.: Si is, a quo satis petitur, offerat cognitionem et dicat: „hodie constet de fideicommisso, hodie agamus", dicendum est cessare satisdationem, cum possit ante de fideicommisso quam de satisdatione constare. Hier meine ich nicht mit Degenkolb[7]), dass es sich um ein fälliges Legat handeln müsse. Da adiectio diei im Zweifel pro reo ist, so verzichtet der Onerirte hier, um der Satisdationspflicht zu entgehen, auf diesen Vorteil und erkennt damit ein Recht des Klägers auf sofortige Klage an,

[1]) Vgl. Dernburg Pand. III[3] § 176 A 4.
[2]) Stahl Philos. d. Rechts. II 260.
[3]) Arndts: Beitr. 1837, I 24 ff.
[4]) Vgl. Degenkolb: Einlassungszwang 196 z. A. 2.
[5]) Pernice: Sachbeschädigung 1867 S. 95.
[6]) Bähr: Die Anerkennung 1868 S. 321 A. 18.
[7]) Degenkolb a. a. O. 195 f.

ähnlich wie z. B. der, welcher actio familiae herciscundae anstrengt, damit den Gegner als Miterben anerkennt, vgl. l. 37 D. fam. herc. 10, 2.

Fassen wir nunmehe die Ergebnisse für des klassische Recht zusammen.

I. Wenn auch wahrscheinlich nicht alle existirenden actiones praejudiciales uns überliefert sind, so war ihre Zahl sicher doch eine engbegrenzte. Dass sie keine grosse Rolle im römischen Rechtsleben gespielt haben können, beweist Quintilian, der in einem de praejudiciis betitelten Abschnitt (J. O. V 2) die actiones praejudiciales gar nicht erwähnt. Keinesfalls sind die Praejudicien etwa in der Weise an die Stelle der alten Sponsionen getreten, dass die Parteien einen beliebigen Streitpunkt, wie früher durch sponsio, jetzt durch ein Praejudicium zur richterlichen Entscheidung bringen konnten.

II. Die actiones praejudiciales wurden vom Praetor aus Gründen des praktischen Bedürfnisses für bestimmte Klassen von Rechtssachen geschaffen.[1]) Sie werden im Verein mit den anderen specifisch praetorischen Rechtsmitteln den Aktionen gegenübergestellt: l. 35 § 2 D. de proc. 3, 3: non solum autem si actio postuletur a procuratore, sed et si praejudicium, vel interdictum, vel si stipulatione legatorum vel damni infecti velit caveri etc. Von einer generellen Weiterbildung des Rechtsinstituts wissen wir nichts.

III. Die constatirten actiones praejudiciales sind meist Praejudicien in wörtlicher Bedeutung, das will sagen, sie bewirken nicht die definitive Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses als Selbstzweck, sondern sie dienen nur zur Entscheidung einer Vorfrage, welche für einen nachfolgenden petitorischen Anspruch von Erheblichkeit ist. Eine Ausnahme hiervon macht das praejudicium an liber sit, denn die Freiheit ist ein Gut von selbstständigem Vermögenswert, dessen Feststellung an und für sich, ganz gleichgiltig, ob sich noch sonstige Ansprüche daran knüpfen, von grösster Bedeutung ist. Grade dieses Praejudicium

[1]) Ueber das nach § 13 I. de act. 4,6 angeblich auf gesetzlicher Grundlage beruhende praejudicium an liber sit wird noch berichtet werden.

wird aber von Lenel[1]) mit guten Gründen als nachklassisch angesprochen. Allerdings scheinen auch andere Statuspraejudicien schon in klassicher Zeit selbstständig geworden zu sein, vgl. Ulpian l. 6 D. si ingen. 40, 14: Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur sive obsequium desideretur sive etiam famosa actio intendatur sive in ius vocetur qui se patronum dicit sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium. Dass dies jedoch nicht das Gewöhnliche war, zeigt l. 18 pr. D. de prob. 22, 3, und so könnte vielleicht das sive nulla causa interveniat erst den Compilatoren seinen Ursprung verdanken.

IV. Innerhalb der Praejudicialklagen sind zwei ungleiche Gruppen zu unterscheiden. Die grössere derselben, die Statusklagen, haben ursprünglich der Decemviral- und Centumviralcompetenz unterstanden und wurden durch das deklaratorische Urteil der legis actio sacramento entschieden (vgl. Cic. pro Caec. 33 § 97, de domo 29 § 78). Später wurden sie durch formula praejudicialis vor den judex privatus verwiesen, daneben aber auch im Cognitionsverfahren entschieden, welches sie seit der Diocletianischen Aenderung der Gerichtsverfassung ganz in Anspruch nahm, ohne dass doch Name und Wesen der Praejudicialklage darüber verloren gegangen wäre. Eine Ausnahme macht hier wiederum das Verfahren betreffs der liberalis causa. Denn hier waren unzweifelhaft in klassischer Zeit auch die Recuperatoren zuständig, wie Sueton. Vesp. 3, Dom. 8, sowie l. 36 und 38 D. de re jud. 42, 1 beweisen.

Die andere, kleinere Gruppe wird von einer Reihe Praejudicien gebildet, welche einen directen inneren Zusammenhang vermissen lassen. Dieselben werden von Einigen mit unsern Incidentfeststellungsklagen verglichen. Richtiger könnte man sie vielleicht als abgesonderte Verhandlungen über processhindernde Einreden im Sinne von CPO 247 bezeichnen. Alle solchen Vergleiche haben aber immer ihr Missliches und schaffen weit eher Unklarheit, als dass sie das Verständnis erleichtern.

---

[1]) Ed. perp. 306, vgl. auch Zimmern: Gesch. d. röm. Privatr 1829. III 214 f.

C. Das Justinianeische Recht.

Der Nährboden, auf welchem die actiones praejudiciales entstanden und sich entwickelten, war, wie wir sahen, der Formularprocess. Seine Beseitigung konnte nicht ohne Einfluss auf die Praejudicien bleiben. So finden wir denn im Justinianeischen Recht nicht nur keine neuen Praejudicien, sondern auch ein Teil der im klassischen Recht festgestellten actiones praejudiciales ist verschwunden. Aber auch bei den erhaltenen hat der Cognitionsprocess eigentlich nur den Namen bestehen lassen; die im vorigen Abschnitt behandelten Eigentümlichkeiten sind grösstenteils verblasst, sie sind keine Praejudicien mehr, sondern selbstständige Klagen geworden. Denn ein Bedürfnis, solche Fragen vor der Verhandlung der eigentlichen Sache zu entscheiden, lag nur noch in beschränktem Masse vor, seitdem der Unterschied zwischen jus und judicium beseitigt und beides wieder in der Hand desselben Magistrats vereinigt war, grade so wenig, wie vor der lex Pinaria im Legisactionen- und Sponsionenprocesse ein Bedürfnis nach Praejudicialklagen bestanden hatte. Der wichtigste Factor für die Förderung von Praejudicien war ferner die Geldcondemnation gewesen. Zu dieser Umsetzung eines jeden Anspruchs in die Verurteilung zu einer genau bestimmten Geldsumme musste die declaratorische Function der pronuntiatio im schärfsten Gegensatz stehen. Auch dieser Gegensatz zwischen condemnatio und pronuntiatio verwischt sich mit dem Moment, wo die petitorischen Ansprüche in bunter Manigfaltigkeit directe Verwirklichung heischen. Denn, wie Degenkolb[1]) sagt: „Verurteilung zu dem, was man von Haus aus schuldet, ist nicht mehr Neuschöpfung eines Anspruchs, sie ist Deklarirung eines bestehenden Anspruchs.“

So giebt es denn im Justinianeischen Recht nur noch actiones praejudiciales für Statusverhältnisse, trotz des in den Digesten überlieferten an jure bona venierint, und trotz der von uns übrigens nicht einmal voll anerkannten querella inofficiosi. Denn wir brauchen uns nicht auf das häufig angeführte, darum aber nicht stärkere Argument zu

[1]) A. a. O. 159.

stützen, die unscheinbare l. 30 D. de reb. auct. jud. 42, 5 sei aus Unachtsamkeit der Compilatoren stehen geblieben.[1] Nein, hier haben wir eine Statusklage, wie andere auch; die Stelle enthält ein Beispiel für das von Leonhard[2] vermisste praejudicium de civitate. Denn wir sahen oben, dass die Absicht des Klägers nicht die Wiedererlangung seiner bona, sondern die Wiederherstellung seines status inlaesae dignitatis sein musste. Dass dieser Status den übrigen gleichzustellen ist, beweist l. 5 § 1 u. 2 D. de variis cogn. 50, 13: Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. Minuitur existimatio quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur: sicuti . . . cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. Und nicht anders steht es mit der Querella inofficiosi. Diese richtet sich, wie wir oben sahen gegen den Testator, um ihn als quasi dementem hinzustellen. Sie ist also eine Statusklage, eine Klage de statu defuncti die wie alle diese letzteren in 5 Jahren verjährt.[3] Im Justinianeischen Recht sind also die actiones praejudiciales auf Statusklagen beschränkt, können also nicht als allgemeine Feststellungsklagen angesprochen werden.

---

[1] Vgl. Savigny Syst. V 20. Bülow a. a. O. 20 Leonhard a. a. O. 60.

[3] A. a. O. 49.

[2] Vgl. Sohm Just.[4] 1889 S. 433.

II.

Entwickelung der gemeinrechtlichen Praxis.

Gewann im Verlauf der römischen Rechtsgeschichte eine den Feststellungsklagen ungünstige Tendenz mehr und mehr die Oberhand — nach der ausschliesslichen Vorherrschaft der Feststellungsklage in vorklassischer Zeit entstanden im klassischen Recht eine beschränkte Anzahl echter actiones praejudiciales, um in der Justianeischen Gesetzgebung bis auf die Statusklagen wieder zu verschwinden — so können wir in der gemeinrechtlichen Praxis den umgekehrten Entwicklungsgang beobachten.

Die Anfänge der letzteren finden ihre Grundlagen in der italienischen Jurisprudenz. Diese hat mit den überlieferten eigentlichen actiones praejudiciales wenig anzufangen gewusst. Die Glosse meint zu § 13 J de act. 4, 6 nach Erörterung verschiedener Ansichten schliesslich, sie seien praejudiciales actiones genannt, weil sie vor allen anderen Streitfragen zu entscheiden seien, und diese letzteren daher bis dahin ruhen müssten. Im Uebrigen beschränkte man sich auf die drei dort genannten Praejudicien: an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo.[1]) Das erste derselben wurde zwar analog auf Vasallitätsverhältnisse ausgedehnt, gleichzeitig aber der ganze Character des Instituts dadurch verwischt, dass das Urteil nicht mehr auf pronuntiatio, sondern auf condemnatio hinauslief.[2])

[1]) Vgl. Placentinus de variet. act. T. 19 § 1 u. die Späteren zu der Stelle.

[2]) Vgl. die Zusammenstellung von Libellschlüssen bei Weismann, Feststellungskl. 100 A. 7.

Daneben hat aber italienische und gemeinrechtliche Doctrin und Praxis eine ganze Anzahl anderer Rechtsschutzmittel mit Feststellungswirkungen ausgebildet, welche sämmtlich im römischen Recht zu wurzeln sich den Anschein geben.

Hier sind an erster Stelle die beiden Provocationen ex l. diffamari und ex l. si contendat zu nennen. Von Provocatio spricht man bekanntlich erst seit dem 17. Jahrhundert, der ursprüngliche Name der beiden Institute war remedium. Das erstere gestützt auf l. 5 C. de ingen. man. 7, 14: Defamari statum ingenuorum seu errore seu malignitate quorundam periniquum est, praesertim cum adfirmes diu praesidem unum atque alterum interpellatum a te vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret. Unde constat merito rectorem provinciae commotum adlegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus praeses provinciae ab iniuria temperari praecipiet, findet seine erste Anwendung durch Papst Innocenz IV. Comm. super libr. V Decretal. zu c. 5 X qui filii sunt legit. 4, 17: Sed licet ita debeat facere, causa cognita potest statuere, ut intra certum tempus agat actor. Alioquin ulterius non audietur, et hoc maxime tunc, scilicet, quando videt judex, actorem exspectare tempus agendi, quo reus probationibus careat; vel alicuius famam, vel statum gravari C. de ingen. man. diffamari etc.[1]) Die Glossatoren und Commentatoren folgen dieser Anregung und erläutern die Anwendung des Remedium an einem Schulfall, wonach der Gläubiger eines Scholaren zu Bologna verlautbaren lässt, dass er denselben nicht sofort, sondern erst im Augenblick seiner Abreise belangen wolle, um ihn so in eine Zwangslage zu versetzen. Die Praxis entwickelte dies dahin, dass sie das remedium wegen jeder absichtlichen „Berühmung“ eines klagbaren Anspruchs vor Dritten oder in vexatorischer Absicht gewährte. Sie fand ihre reichsgesetzliche Be-

[1]) Vgl. Comm. zu c. 16 X de off. jud. 1, 31. Zur Diffamationsklage Martin in Martin und Walch's Magazin f. d. gem. teutsch. bürgerl. Proc. I 257 ff. Muther de orig. proc. provoc. ex l. diff. Diss. Erl. 1853. Jahrb. d. gem. d. R. II 53 ff.

stätigung durch RA. von 1532 Art. 3 § 2 und RKGO. von 1555 II 25.

Ob die Provocatio auch wegen Behauptung einer bedingten oder befristeten Forderung zulässig sei, war bestritten. Dagegen erklärte sich besonders Carpzov[1]), in neuerer Zeit zeigt sich jedoch mehr und mehr die Neigung, die Klage auch hier zu gewähren.[2]).

Die zweite Provocatio stützt sich auf l. 28 D. de fidej. 46, 1: Si contendat fidejussor ceteros solvendo esse etiam exceptionem ei dandam ‚si non et illi solvendo sint'. Die dem Bürgen augenblicklich zustehende Einrede, dass die Mitbürgen solvendo seien, könnte er verlieren, wenn nicht jetzt, sondern erst später gegen ihn geklagt wird. Um der Gefahr dieser einstigen Nichtberücksichtigung seiner Einrede zu entgehen, erhält er die Provocatio, und zwar kann der Bürge nach der Glosse sowohl auf Teilung klagen als sich der exceptio bedienen. Die Klage geht auf silentium imponi. (vgl. die Glosse zu l. 28 § 8 D. de lib. leg. 34, 3).

Die weitere Ausgestaltung zeigt uns Bartolus (zu l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34, 3): Videte, quando quis habet exceptionem vigore legati vel fideicommissi, tunc ipse primo habet exceptionem, secundo habet actionem, ut liberetur pacto vel accepti latione, ut hic, tertio potest implorare officium judicis ut pronuncietur, eum non debere, vel quod imponatur silentium actori.

Während diese beiden Provocationen ein Rechtsunsicherheit bewirkendes Verhalten einer bestimmten Person zur Voraussetzung haben, ist bei den sog. Generalprovocationen dieses subjective Element entbehrlich. Diese erlassen vielmehr eine Aufforderung zum Widerspruch an unbestimmte Personen bei Vermeidung der Praeclusion.

Feststellungscharacter hatte ferner die gemeinrechtlich gewordene querella nullitatis. Hergeleitet aus l. 75 D. de jud. 5, 1 (Marcellus): si per dolum sciens falso aliquid

---

[1]) Defin. for. I 7, 30 Proc. jur. 20, 4, 9 ff. vgl. Gönner, Handb. d. gem. Proc. IV § 14 u. § 81.

[2]) Vgl. Joh. Brunnemann, Comm. zu l. 28 D. 46, 1; Glück, VI 499; Gottschalk, Discept. for. III 158 ff.; Herzog in Bödikers Mag. III 335.

lalegavit et hoc modo consecutum eum sententiam praetoris liquido fuerit adprobatum, existimo debere judicem querellam rei admittere, und l. 3 C. quom. et quando 7, 43 (Gordian): Ab eo judicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus utque indefensis dicitis esse prolatum, si, ubi primum cognovistis, non illico de statutis querellam detulistis; ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit commodatus adsensus[1]). wurde sie vom kanonischen Recht aufgenommen und weitergebildet.[2]) Abgesehen von der Vernichtung processualer und anderer Rechtsakte (Ehe, Wahl etc.), diente sie vornehmlich zur Urkundencassation und wird in dieser Function schon von der Glosse behandelt (ad distrahendam zu l. 11 § 6 D. de act. empti). Ihr entsprachen in positiver Function die Klagen auf Beurkundung und Urkundenerneuerung, welche man aus l. 26 C. de liberali causa 7, 16: sicut datam libertatem manumissis adimere patronus non potest, ita manumissionis instrumentum praestare cogitur, sowie aus den bereits im vorigen Abschnitt behandelten ll. 41 D. de jud. und 40 ad l. Aquil. zu rechtfertigen suchte. Concurrirend mit Querell und Provocationen wirkten, wie wir oben aus Bartolus sahen, die Liberationscondictionen, deren Fundamentirung auf den Boden des römischen Rechts weniger Schwierigkeiten machte.

Auch die Servitutenklagen wurden zu praejudiciellen Zwecken verwendet. Wer sich in der Ausübung einer gemeinen Berechtigung durch den Versuch der Anmassung eines Einzelnen bedroht fühlte, konnte die wahre Rechtslage durch actio negatoria utilis feststellen lassen. Umgekehrt entwickelte sich in späterer Zeit die actio con-

---

[1]) Vgl. l. 4 u. 5 C. eod. l. 1 C 7, 44, l. 1 C. 7, 45, l. 1—3 C. 7. 48 u. a. m. Wetzell Civ.-Proc. 3, 787 ff.

[2]) Vgl. c. 1 in Clem. de sent. et re jud. II 11: Ut calumniis litigantium occurratur, is, qui in beneficiali vel alia quavis caussa tres contra se in petitorio vel possessorio sententias reportavit, ad agendum de nullitate ipsarum vel alicuius ex eis nullatenus admittatur, donec huiusmodi sententiae plenarie fuerint exsequutioni mandatae. Vgl. c. 4 X 2, 1, c. 1. Extrav. comm. 5, 10, c. 10 X 2, 27, c. 44 X 2, 28, c. 40 X 1, 29 u. a.

fessoria utilis zu einer praejudiciellen Klage auf Anerkennung der Existenz einer Reallast.[1])

Endlich verschaffte sich auch die Ansicht Geltung, dass in einer Rechtsbestreitung eine Besitzstörung enthalten sein könne. Gegen diese half neben der Diffamationsklage[2]) das interdictum uti possidetis. Der angestrebte Erfolg ist auch hier der, dass der Störer sein Recht beweisen, oder ihm silentium auferlegt werden soll[3]).

Wir finden also in der gemeinrechtlichen, von der italienischen Jurisprudenz beeinflussten Praxis neben einigen ganz neuen Rechsbildungen eine Anzahl römischer Klagen zu Feststellungzwecken umgemodelt, während die eigentlichen actiones praejudiciales zunächst unbeachtet und auf wenige Fälle beschränkt blieben. Die Ausdehnung dieser letzteren auf die übrigen Statusverhältnisse bewirkte das kanonische Recht: c. 1 X de ord. cogn. II 10 (Clemens III 1190): Intelleximus quod cum quaedam mulier peteret quendam in virum, testes ad suae intentionis assertionem induxit, per quos pars viri futurum sibi praeiudicium metuens, exceptionem consanguinitatis obiecit, ex qua intendit petitionem mulieris elidi. [Quia vero nos consulere voluisti, an prius de impedimento consanguinitatis sit agendum, quam super causa matrimonii sententia proferatur] inquisitioni tuae taliter duximus respondendum, quod, cum exceptione probata quaestio principalis perimatur, ante est cognoscendum de ipsa, quam ad definitionis articulum procedatur. Quo facto virum ab impetitione mulieris, prout exposcit ratio iuris, absolvas. c. 5 eod. (Honorius III 1219): Tuam non credimus latere prudentiam, causam natalium . . reginae Cypri ad examen nostrum, utpote quae ad forum ecclesiasticum pertinet, esse delatam et infra. quia vero antequam natalium causa terminata esset, dependentem ex illa successionis causam incipere nihil aliud esset, quam diversis processibus intricare negotium, et confusione quadam iudicii ordinem perturbare: mandamus quatenus . . donec iam dicta causa natalium apostolico iudicio finem acceperit

---

[1]) Vgl. Friedlieb: Jahrb. f, Dogm. III 316.

[2]) Vgl. Baldus: z. l. 7 C. qui accus. poss. 9, 1.

[3]) Vgl. Innocenz IV. z c. 8 X de prob. 2, 19 Durantis spec. jud. II_1 de primo decr. 3, 37.

patienter exspectes. Vgl. auch schon c. 5 X qui fil. sint. leg 4, 17.

Wie durch das Verblassen der Eigenart dieser ursprünglich individuell gesonderten praejudiciellen Rechtsschutzmittel eine verschwommene aber umfangreiche Masse sog. Praejudicialklagen entstand, und wie aus dieser Vermengung schliesslich eine ausgedehnte Anwendung positiver wie negativer Feststellungsklagen sich entwickelt hat, kann hier nicht verfolgt werden. Die Zulassung der aus dem Ineinanderfliessen der beiden Provocationen entstandenen negativen Feststellungsklage hinsichtlich bedingter und betristeter Forderungen ist bereits erwähnt. Aber auch für die positive Feststellungsklage dringt der Grundsatz durch, dass zunächst eine Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses accessorisch in Verbindung mit der Klage auf eine einzelne fällige Leistung zulässig sei (vgl. l. 1 C. de fideic 6, 42), weiter aber, dass im schärfsten Gegensatz zum römischen Recht jedes jus futurum Gegenstand einer Klage sein kann, wenn die Feststellung desselben durch Urteil verlangt wird.[1]) Diese Anschauung verschaffte sich denn auch Geltung im Particularprocess. Die negative Feststellung gestattet schon § 2 A G O. I 32: „Wenn Jemand weiss, dass ein Anderer sich eines gewissen Anspruchs an ihn berühme, welchen er nicht einräumen will, so steht es ihm frei, selbst als Kläger in der Hauptsache wider denselben aufzutreten und die Unrichtigkeit und Ungültigkeit des behaupteten Ausspruchs wider ihn auszuführen". Nach § 3 A G O I 46 ist ferner eine Praejudicialklage zulässig, wenn der Umfang oder die Existenz des Erbrechts unter den Erbprätendenten streitig ist. Eine weitere Ausdehnung der positven Feststellungsklage im preussischen Recht bewirkten die Obertribunalsentscheidungen Bd. XXX 145, XXXIV 373. Dem entspricht § 224 des Entwurfs der preussischen Prozessordnung von 1864.[1]) Ebenso gewährten die Feststellungsklage die Badische P. O. von 1851 § 278, die Kurhessische von 1863, das sächsische Gesetzbuch § 147 u. A., bis durch C P O. 231 ein einheitliches Recht geschaffen wurde.

[1]) Vgl. J. H. Böhmer exerc. ad. pand. I 5 cap. 1 § 11 f. und die Seite 51 angef. Stellen.

III.

Anknüpfungsversuche der Theorie.

Jedes der eben betrachteten, von der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis recipirten und weitergebildeten Rechtsinstitute hatte, wie wir sahen, seinen Geleitbrief durch die Berufung auf einen römischen Rechtssatz erhalten. Es konnte nicht ausbleiben, dass die neuere Theorie die Berechtigung dieser Berufung einer Prüfung unterzog. Diese förderte eine Reihe sehr verschiedener Ansichten zu Tage, um sich schliesslich zu der Streitfrage zuzuspitzen, ob eine schrankenlose Ausdehnung des actiones praejudiciales zulässig sei, oder nicht.

Hier kommen zunächst diejenigen in Betracht, welche auf den gegebenen Grundlagen fortbauen wollten und zur Bestärkung oder Verbesserung der zwischen der Praxis und dem römischen Recht geschlagenen Verbindungen eine Reihe mehr oder minder beweiskräftiger resp. deutungsfähiger römischer Stellen beibrachten.[1])

Die Sachlage änderte sich jedoch, nachdem man durch die Entdeckung des Gaius eine Anzahl echter actiones praejudiciales kennen gelernt hatte und daraus den Schluss zog, die Römer hätten je nach Bedürfnis für jedes Rechtsverhältnis, ja für jedes nudum factum eine Feststellungsklage in Gestalt einer actio praejudicialis gegeben. Folglich erachtete man die künstliche Verknüpfung der modernen

[1]) Vgl. Mot. S. 49.

[1]) Vgl. l. 9 § 8 D. 4, 2; l. 5 § 6 D. 7, 6; l. 6 § 7 D. 8, 5 und andere.

sog. Praejudicialklagen mit einzelnen römischen Rechtsinstituten, deren Schwäche man sich nicht verhehlen konnte, nicht mehr für notwendig. Denn nunmehr schien ja die neuere Rechtsbildung nicht nur aus einem unläugbaren praktischen Bedürfnis hervorgegangen zu sein, sondern sich auch durchaus auf dem Boden des römischen Rechts zu bewegen und sich somit als eine mit seltener Folgerichtigkeit durchgeführte, durch die Quellen nachträglich glänzend bestätigte, analoge Weiterentwicklung des überkommenen Rechts darzustellen.

Der Hauptvertreter der Ansicht, dass Praejudicialklagen als römische actiones praejudiciales nicht nur für die in der Justinianeischen Codification zufällig allein überlieferten Zustandsklagen, sondern als Feststellungsklagen überhaupt zulässig seien, ist Windscheid[1]). Ihm waren, wenn auch in weniger entschiedener Weise vorangegangen Gottschalk[2]), Unterholzner[3]), Seuffert[4]) und besonders von Wächter[5]). Windscheids Argumentation geht dahin, dass die actio praejudicialis lediglich ein processualisches Gebilde, ein Recht zur Anrufung des Richters sei. Aus der juristischen Natur des Rechtes, welches sie geltend mache, sei daher kein Schluss auf ihre eigene zu ziehen, und umgekehrt. Windscheid erklärt es für möglich, mittels einer actio praejudicialis z. B. das Bestehen einer Obligation zu behaupten, kraft deren der Gegner dem Kläger jährlich eine gewisse Leistung zu machen habe. Für das römische Recht sei dies zweifellos zulässig, nicht minder aber für das heutige. Dass Praejudicien nur bei Status- oder Familienverhältnissen gestattet seien, nennt Windscheid schliesslich eine durch nichts unterstützte Behauptung. Gleicher Meinung ist Arndts[6]): nach ihm konnten actiones praejudiciales im römischen Recht zur richterlichen Feststellung sehr verschiedener Verhältnisse oder Umstände von rechtlicher Bedeutung angewendet

---

[1]) Windscheid: Die actio d. r. Civilr. 1856 S. 17 f. Pand. § 45 a. E.

[2]) Gottschalk: Discept. for. III² 12.

[3]) Unterholzner: Lehre v. d. Schuldverhältn. I 352.

[4]) Seuffert: Pand. I 23 A. 5, 24 A. 1.

[5]) v. Wächter: Würt. Privatr. II 291 u. 421.

[6]) Arnots Pand.[13] 167.

werden. Auch nach heutigem Recht sei die Zulässigkeit solcher Klagen zu gleichem Zweck nicht zu beanstanden.

Gegner dieser Ansicht sind Kori, Sintenis, der die Praxis nicht unbedingt als Rechtsquelle gelten lassen will, Bülow, Bekker, Leonhard, Degenkolb, welche nur eine beschränkte Anzahl von actiones praejudiciales anerkennen.[1]) Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Bruns[2]) ein, der zwar ebenfalls die Beschränkung der Praejudicien nicht leugnen kann, andrerseits aber auf die entgegengesetzte Tendenz der Praxis hinweist.

Die Zulässigkeitstheorie hat zwei grosse Schwächen: Sie stellt, offenbar beeinflusst von der praktischen Rechtsentwicklung, schwer beweisbare rechtsgeschichtliche Thesen auf, und sie schiebt die Beweislast dann den Gegnern zu. Das lässt sich allerdings nicht verkennen, dass dieser Gegenbeweis mit dem Nachweis der beschränkten Zahl der actiones praejudiciales im römischen Recht, wie er im zweiten Abschnitt dieser Untersuchung versucht wurde, nur halb erbracht ist. Denn die Anhänger der Windscheidschen Theorie könnten billig einwerfen, es hiesse das Recht zur Erstarrung verurteilen, wenn man ihnen verwehren wolle, das römische Institut trotz seiner Beschränkung für das römische Recht im Hinblick auf heutige Bedürfnisse analog auszudehnen. Der zweite Teil unserer Beweisführung wird sich also dahin richten müssen, dass die gemeinrechtlichen Feststellungsklagen nicht auf analoger Weiterbildung der römischen actiones praejudiciales beruhen.

Der Versuch dieser Beweisführung hat zunächst zu einer anderen, hier kurz zu erwähnenden Theorie geführt, welche insofern auf demselben Boden wie die Windscheidsche steht, als sie ebenfalls die Anknüpfung der gemeinrechtlichen Entwicklung an das römische Recht auf anderen Wegen versucht, als es die italienische Jurisprudenz und die Doctrin der Receptionszeit gethan hatte.

---

[1]) Kori: Erört. prakt. Rechtsfr. III 3. Sintenis, d. prakt. gem. Civilr. I § 28 A 1. Bülow a. a. O. 7. Bekker a. a. O. 287. Leonhard a. a. O. 50. Degenkolb a. a. O. 188

[2]) Bruns, Besitzkl. 1874. S. 4 ff.

Schon Pfeiffer[1]) hatte gelegentlich der von ihm für zulässig erklärten Klage auf Feststellung noch nicht fälliger Leistungen auf die Analogie der stipulationes praetoriae hingewiesen. Ausgestaltet hat diesen Gedanken Bähr[2]), welcher in den Cautionen und Liberationsklagen diejenigen römischen Institute sieht, in welchen die moderne Feststellungsklage ihre natürlichen Wurzeln zu suchen hat. Bähr giebt zu, dass das römische Recht in der verweigerten Anerkennuug eines Rechtsverhältnisses keinen Grund zur Klage auf Feststellung desselben sähe. Falsch sei es andrerseits mit Savigny anzunehmen, dass durch die Zusprechung einer einzelnen Leistung das gesammte Rechtsverhältnis, welchem diese Leistung entfliesst, ohne weiteres rechtskräftig festgestellt werde.[3]) Einen Ersatz hätten vielmehr die Cautionen geboten, welche ohne die Wirkungen eines vorzeitigen, also unzulässigen Urteils zu haben, doch die vorhandene Rechtsunsicherheit paralysirten (vgl. l. 38 pr. D. pro socio 17, 2; l. 41 D. de jud. 5, 1). Die negativen Feststellungsklagen wären ersetzt worden durch die Klagen auf Liberation.[4]) Ebenso sei die Klage auf Quittung[5]) eine negative Feststellungsklage. Das Urteil laute dahin, dass die Schuld getilgt sei, nicht darauf, eine Quittung auszustellen. Für die Feststellungsklage selbst kommt Bähr zu dem Resultat, sie sei „keine neue Klage, keine Erweiterung des Klagsystems, sondern die Klage auf Erfüllung in ein anderes Stadium der Rechtsverletzung verlegt."

Die Bährsche Theorie[6]) hat insofern etwas Bestechen-

---

[1]) Pfeiffer, Arch. f. d. civ. Pr. XXXVII 260.

[2]) Bähr: Anerkennung 314 ff. Urteile d. Reichsgerichts (1883) 149 ff.

[3]) Vgl. auch C. P. O. 293.

[4]) Vgl. hierfür Savigny: Syst. V 254; l. 18 D. 34, 3; l. 1 pr. D. 12. 7 u a.

[5]) Ob eine solche im röm. R. zulässig war, ist bestritten, vgl. Windscheid: Pand. II § 344 A. 8. Dernburg: Pand. II[3] S. 154 A. 32.

[6]) Teilw. aufgenommen v. Salpius: Novation u. Deleg. 287; Regelsberger: Arch. f. pr. Rechtsw. NF. IX 42?; Schlossmann: L. v. Zwang 30; Bekämpft u. a. v. Degenkolb a. a. O. 190.

des, als ja imploratio judicis und Praejudicialurteil mit Condemnation hervorstechende Merkmale der mittelalterlichen Neubildungen waren. Sie hat jedenfalls dazu geführt, die Durchforschung der römischen Rechtsintitute auf Feststellungswirkungen zu beleben.[1]) Auf ihre Einzelheiten einzugehen können wir vermeiden, da wir uns gegen ihre Grundlagen, welche sie, wie bemerkt, mit den anderen in diesem Abschnitt aufgeführten Theorien teilt, wenden müssen.

Alle Anknüpfungsversuche an das römische Recht müssen nämlich daran scheitern, dass die gemeinrechtlichen Feststellungsklagen ihre Wurzeln nicht in römischen, sondern in deutschrechtlichen Anschauungen haben und nur in rein mechanischer Weise von den Glossatoren und ihren Nachfolgern mit römischen Rechtssätzen verknüpft sind.

---

[1]) So weist z. B. Kohler: Jahrb. f. Dogm. XXIV 294 f. Feststellungsmomente für die vindicatio gregis u. die hered. petitio unter Berufung auf l. 7 § 5 D. 44. 2 u. l. 2 D. 6, 1 nach.

IV.

Rechtsgeschichtliche Grundlagen.

Es ist, wie erwähnt, das Verdienst Weismanns, zuerst auf den deutschrechtlichen Ursprung unserer heutigen Feststellungsklage hingewiesen zu haben. In Ergänzung seiner Ausführungen sollen im Folgenden einige Beiträge zur Geschichte der deutschen Feststellungsklage, welche für die gemeinrechtlichen Praejudicialklagen offenbar vorbildliche Institute aufzuweisen hat, geliefert werden. Da Weismann entsprechend den Zwecken seiner Arbeit besonders das langobardische Recht in seinem Einfluss auf die italienischen Statutarrechte berücksichtigt hat, so sollen hier mehr die fränkischen und sächsischen Quellen zur Geltung kommen.

Die processualischen Institute ausser zu ihrem eigentlichen Zweck besonders im Interesse der Rechtssicherheit zu benutzen, nennt Kohler mit Recht einen Grundzug des germanischen Rechts, „welcher mehr als alles andere im Mittelalter dazu beigetragen hat, das römische Aktionensystem ausser Rand und Band zu bringen.“ Die Folge war eine üppige Entwicklung des Scheinprocesses. Da der germanische Klagantrag regelmässig auf die Frage hinauslief, was Rechtens sei, da von dem Richter ein Weistum über das Recht begehrt wurde, so betrachtete man es als ein willkommenes Auskunftsmittel, Feststellungsansprüche aller Art mittelst Scheinprocesses zur Entscheidung zu bringen. Ein solcher Scheinprocess bildet denn auch die wahre Grundlage der im gemeinen Recht so bedeutsam gewordenen Remedien und Generalprovocationen. Wir

lernen ihn bereits in mehreren merovingischen Königsplacitis kennen: es wird ein regelrechter Process geführt, lediglich um durch das gerichtliche Erkenntnis die Bestätigung eines Rechtsverhältnisses zu erlangen, gleichviel ob dasselbe bestritten wurde, oder nicht. In voller Blüte finden wir ihn in den Immobiliargeschäften des 13ten Jahrhunderts. So heisst es in einer Aachener Urkunde von 1279 (Loersch u. Schröder I² 148): Quod cum predicto Godefrido sic factum esset, ipse fecit experiri in sententia, si predicta bona sibi taliter data essent, quod de eis suam bene posset facere voluntatem. Et lata est justa sententia per consensum, quod predicta bona eidem Godefrido tam rite ac legaliter data essent, quod de hiis suam posset facere libere voluntatem, dare quoque posset ea cui vellet, et cui eadem daret illi deberent rata et stabilia permanere. In dieser Form des Scheinprocesses vermissen wir das charakteristische Merkmal der provocatio ad agendum; dieses letztere geht auf eine etwas jüngere Abart des Scheinprocesses zurück:

Das altgermanische Institut der Friedloslegung wurde in fränkischer Zeit durch missio in bannum regis bewirkt. Durch den Bann wurde der Fiscus oder der sonst Berechtigte in den Besitz des Vermögens des Friedlosen gesetzt, und darüber Friede gewirkt. Das Friedewirken galt der Sicherung gegen jede Besitzstörung. Um dieser Function willen suchte man sich den Königsbann auch für Acte freiwilliger Gerichtsbarkeit zu sichern, und daraus entstand das Institut der gerichtlichen Auflassung mittelst Scheinprozesses. Der Antrag ging auf Feststellung des Eigentumsüberganges unter Aufforderung an alle Widerspruchsberechtigten, ihre etwaigen Ansprüche geltend zu machen. Die Vorgänge bei der Auflassung schildern uns mehrfach die niederfränkischen Quellen. Bei Fronung und freiwilliger Uebereignung eines Grundstücks fragt der Richter nach erfolgter symbolischer Uebergabe um ein Urteil, was weiter zu geschehen habe. Dasselbe lautet dahin, dass der Veräusserer aus dem Eigentum hinauszubannen, der Erwerber in dasselbe hineinzubannen sei. Darauf spricht der Richter den Bann aus: Südholländische Dingtal bei Fruin: De oudste Rechten der stad Dordrecht en van het

baljuwschap van Zuidholland II 309 f.:[1]) Ick ban hier uuyt deesen eygen N. een, twee, drie ende vierwerff unde ban daer weederom in N. een, twee, drie ende vierwerff; ick gebye, dat niemandt dit lant en ript noch en roert noch en pit noch en poelt, dan die den heer ende heemraet binnens bans vry eygen kennen, hy en spract aen binnen jaer ende dach ende setter tweeschat erff tegens, alsoe goet als dat es. Dat gebye ick een, twee, drie ende vierwerff op die hoochste boeten van deesen lande, die dartoe staen. Die Wirkungen dieses Bannes haben wir demnach zu erkennen, wenn es in der Delfter Handfeste von 1246 [2]) heisst: Si quis oppidanus patrimonium ac hereditatem alicuius mercatus fuerit praesentibus scabinis et sine reclamatione per annum et diem vel amplius possederit, possessor ipsius patrimonii post dictum terminum, etsi super hoc conveniatur, nulli tenetur respondere. Grade wie bei der Provocation setzt also der Richter eine Frist an, innerhalb welcher derjenige, welcher das Rechtsverhältnis bestreitet, seine Klage anzubringen hat, widrigenfalls Praeclusion gegen ihn eintritt, und definitive Feststellung erfolgt ist. Eine Strafe von 10 Schillingen für verspätete Klage drohen sogar die Keure des Landes Waes von 1241 und die Berner Handfeste von 1218 Art. 22 an. Eine sofortige Feststellung unter Wegfall einer Klagfrist findet denjenigen gegenüber statt, welche beim Urteil anwesend sind: Berner Handfeste Art. 11; et quicunque praesens fuerit ubi aliquis burgensis allodia vel alia bona sua vendiderit, vel obligaverit, et non contradicit secundum quod ius est, si postmodum eum impetere voluerit, et ille probare potest idoneis testibus duobus, quod praesens fuerit et non contradixerit, non tenebitur ei de cetero super hoc respondere. Im sächsischen Recht, welches das ursprünglich fränkische Institut mit einigen hier unerheblichen Modificationen adoptirt hat, tritt die Feststellungsfunction des gerichtlichen Urteils noch schärfer hervor: Sächs. Landr. II 6, 4: Svelke gave die man siut, oder svelk ordel die man vinden hort, ne wederredet he des

---

[1]) Brunner Ztschr. f. Rechtsg. IV 339. Forsch. z. Gesch. d. deutsch. u. franz. R. 738 ff.

[2]) Mieris Charterb. I 231. Brunner a. a. O. 238.

tohant nicht, dar na mach he's nicht wederreden (vgl. Sächs. Lehnr. 17). Gleich in der Friedewirkungsformel bringt dies zum Ausdruck das Rechtsbuch nach Dist. I 46 d. 4: Wer hyrczu kegenwertigk ist unde nu swiget, der sal ouch ummer swige; wer ouch hy nicht en ist unde hir in czu sprechen had, deme bescheyde ich vor daz recht by siner rechten jarczal, wer dorobir swiget, der sal ummer swigen.

Dass der Ursprung unseres Instituts jedoch in weit älteren Zeiten zu suchen ist, als die bisher angeführten Zeugnisse beweist ein Cap. Ludwigs und Lothars von 825[1]) c. 11: De his qui proprietates suas habent, spontanea, alicui donant et postea fraudolenter ab alio aliquo ignoranti precium easdem res venundantes accipiunt, et is cui eaedem res prius traditae fuerant cognito negotio annum intregum silens non contradixerit, set propter inlusionem tacens sinit emptorem inludere, si intra patriam anni spatium ut dictum est fuerit, prior traditio nihil ei valeat. Dass hier traditio Auflassung bedeutet, ergiebt sich aus der Darstellung des Sachverhalts. Und zwar liegt eine doppelte Auflassung vor, deren zweite zu Unrecht erfolgt ist. Trotzdem ist die Kraft dieses zweiten, dolos erschlichenen Bannes so stark, dass sie nach Jahr und Tag dem Feststellungsurteil definitive Wirkung verleiht, und der erste Bewerber trotz seines früher festgestellten Rechtes sich verschweigt.

Das fränkische Rechtsinstitut fand in der Folgezeit die weiteste räumliche Verbreitung. In niederländischen und schweizerischen Quellen haben wir es bereits angetroffen; nicht minder findet es sich in Nordfrankreich (Charte communale von Abbeville von 1184 a. 23. Lettre de vétabl. für Noyon v. 1181 a. 13), in der Pfalz (Weistum v. Kusel bei Grimm V 676 § 5), in niederdeutschen, vom Sachsenspiegel unabhängigen Stadtrechten (Privil. f. Parchim von 1225 § 14, f. Plau v. 1235 § 12, Recht von Ripen v. 1252 Art. 84); in Schwaben (Augsburger Statuten von 1276 Art. 341) Bayern (München 1294, Passau 1299), Tirol (Innsbruck 1239), Kärnthen (St. Veit 1308); im sächsischen Recht bildet es die Grundlage des bekannten Instituts der „rechten Gewere".

[1]) Lib. Pap. Loth. 31 (30).

In der Periode der Stadtrechte wurde das gerichtliche Feststellungsurteil bei der Immobiliarübereignung durch Eintragung in die Stadtbücher gesichert, dadurch aber in seinem selbstständigen Werte beeinträchtigt. Es verschwand daher allmählich aus dem Rechtsleben, und so erklärt es sich, dass, während andere Besonderheiten unseres Instituts sich bis auf den heutigen Tag im Grundbuchrecht und Aufgebotsverfahren deutschrechtlich erhalten haben, die Feststellungsklage der Umgestaltung in die Mischformen der gemeinrechtlichen Generalprovocationen verfiel. Dass sich jedoch die ursprünglichen Formen daneben noch in verhätnissmässig später Zeit rein erhalten haben, zeigt z. B. das Hadeler Landrecht von 1671 II 11[1]): ... und soll zu dem Ende verkauftem Gute innerhalb Jahres-Frist Friedt und Bant gethan und gewrogt und ferner ins Kirchspiel-Buch, sofern der Käufer solches erfordert, aufgezeichnet und geschrieben werden. Wan nun der Erb-Fried und Ban gewirket, und von einem besprochen wird, alsden soll derselbe innerhalb einem Jahre seine Klage jegen dem Keufer derentwegen ausführen, oder da solches nicht geschiehet, soll ihm ein ewig Stillschweigen auferleget sein. Ja noch bis in unser Jahrhundert hat sich der Scheinprocess erhalten in der Uebereignung durch fine im englischen Common-Law, welche erst durch 3 u. 4 Will IV c. 74 beseitigt ist.[1])

Involvirte der Scheinprocess gewissermassen einen Missbrauch der processualischen Form für den Feststellungszweck, so kannte das deutsche Recht andrerseits zu diesem Behufe auch directe Klagen auf Anerkennung. Wenn es z. B. in einer Klage des Abtes von Subiaco gegen einige Bürger von Tivoli aus dem Jahre 942 heisst: inquietant nos et contendant, ut habeamus illorum proprietatem[2]), so liegt der rechtsgeschichtliche Zusammenhang der Diffamationsklage in ihrer Mischung von Anerkennungsanspruch und Klagprovocation mit diesen deutschrechtlichen Instituten klar zu Tage.

Das deutsche Recht besass aber auch eine Reihe materieller Rechtssätze, welche für ihre Verwirklichung

---

[1]) Pufendorf I app. p. 19.

[1]) Vgl. Brunner Z. Rechtsg. d. Urk. I 286 f.

[2]) Regesto Sublaceuse p. 202 n. 155.

gebieterisch echte Feststellungsklagen verlangten. Hierher gehören die dem römischen Recht fremden, zahlreichen Wart-, Beispruchs-, Verfangenschafts- und Näherrechte, welche häufig nicht durch petitorischen Anspruch, sondern nur durch Feststellung der Nichtigkeit nichtconsentirter Rechtsgeschäfte geltend gemacht werden konnten. Nicht minder wie die Provocationen lassen sich daher die gemeinrechtlichen Weiterbildungen der römischen Nichtigkeitsklage auf deutschrechtliche Begriffe zurückführen. Diese bestanden, wie wir sahen, hauptsächlich in der Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsacten und in der Cassation von Urkunden. Ersteres findet sich z. B. in einer Verhandlung vor Lothar II., Würtemberg. Urkundenb. II 399: Post hoc autem omnia domnus Sigebertus filius eius iunior conquestus est coram rege Lothario apud urbem Wirceburc, delegationem illam esse iniustam a matre et fratre factam. Besonders das eheliche Güterrecht bot Anlass zu zahlreichen derartigen Feststellungsklagen: Brünner Schöffenb. c. 309: Quod maritus contradicens pro se sententiari petivit: utrum uxor sua poterit aliquid eo reluctante disponere vel legare? Ad cuius petitionem iurati de Stikowicz sententiaverunt, quod uxor invito viro in bonis quibuslibet tantum de tribus obulis potest condere testamentum. Ordelboek van den etstoel van Drenthe (Loersch und Schröder I² 301): Sôe is gewîst tuschen Marten Wilmson ende sînen wîve Aleid, dat Marten sîns wîfs mombâer wesen sol, ende sol ôer beider gôet machtich wesen; ende wat gôeder dat Aleid verkôft hevet bûiten Martens consent, de côep sol van gêenre wêerden wesen.

Die Anerkennung der Nichtigkeit und die Cassation einer Urkunde zeigt uns bereits eine Gerichtsverhandlung aus dem Jahr 862 bei Loersch und Schröder I² 64: Taliter vero me recognosco ego, iamdictus Savegildus, quia de ipsas res superius scriptas non abeo nec abere possum nec scripturam nec autores nec nullum indicium veritatis, pro quibus ipsas res superius scriptas partibus meis legibus vindicare debeam nec odie nec ulloque tempore, nisi ista scriptura quod ego in vestrorum judicio absisi quia non est legibus facta, quia antea fecit ipsa scripturas et tradidit ad ipsam domum Dei quam ad me. Eine Amortisirung einer verloren gegangenen Urkunde wird aus-

gesprochen in einer Entscheidung Herzog Rudolfs von Oesterreich von 1361 (Loersch und Schröder I² 213): Wir Ruodolf von Gottes gnâden etc. bechennen und tuon kunt offenlich mit disem brief umb den Brief, den die Zitzlîn, unser judin von Wien, und ir erben von den êrbêrn und geistlichen fraun, der abtessin und dem convent ze sand Niclâ ze Wien, umb 200 Pf. und 24 Pf. Wiener phenning gehabt habent, und den dieselb judin von der prunst wegen, die nû ze Wien geschehen ist, verlorn hât, als wir vernomen haben, daz wir wellen: ob derselb brief, der verprunnen sol sein, als die obgenante judin uns hât ze wizzen getân, fürpracht wurde, daz der tôd und ab sei und fürbaz chein chraft hab, etc. Eine Nichtigkeitserklärung von Urkunden verbunden mit einem Aufgebotsverfahren an die unbekannten Inhaber bringt Bischoff Steiermärk. Landr. 184 No. 20: Und ob furbaz icht brief, insigel oder petschaft herfur komen und die auf den vorgenannten N. lauteten oder sagten, und die vor heutigen tag geben wêrn, ez wêr von Kristen oder von Juden die zue der zeit inner lands gewesen wêren, die sullen furbaz genzlich tôd und ab sein und kein kraft nicht mêr haben, etc.

Umgekehrt zeigt einen Fall der Feststellung der Existenz und des Inhalts einer Urkunde eine englische Rechtsquelle aus der Zeit von 734—737 bei Kemble I 98 No. 82: sed quia haec in parvula adhuc aetate erat posita, cartulam conscripti agri necnon et omnem monasterii procurationem . . . matri illius maritatae conservandam iniunxit. Quae cum cartulam reddi poposcisset, illa reddere nolens, furtu hanc sublatam respondit. Quo tandem negotio ad sanctam sacerdotalis concilii synodum perlato, decrevit omne venerabile concilium . . . hanc cartulam donationis . . . manifestissime describi praefataeque abbatissae Hrotuuari reddi eiusque possessionem monasterii firmissimam esse etc.

Auch die Verwendung der Servitutenklagen für Feststellungszwecke lässt sich aus deutschen Rechtsgebräuchen erklären. So zeigt einen Fall, der gemeinrechtlich ebensowohl mit der Diffamationsklage, wie mittelst actio confessoria utilis hätte zur Feststellung gebracht werden können, eine Urkunde aus Boppard von 1221 (Loersch u.

Schröder I² 118): Ut obstruatur os loquentium iniqua et fingentium veritati contraria, sane capitis est ea, que ratiouabiliter geruntur, scripti testimonio committere. Unde ego . . ., litteris commendare studui, quod domum emptam a Wasmudo et suis heredibus iure proprietario nobis mancipatum suscepimus. Quidam vero . . ., contiguam habentes nostre domui domum, manum inquietudinis nobis imposuerunt, asserentes compluvium et stillicidium domus nostre non debere madidare extremum tecti domus sue, sed per canale esse deducendam aquam pluvialem. Quare lite diu habita, is qui nobis vendiderat domum, obtinuit iuramento coram ordine indiciario, libere debere ad ima defluere prefate domus stillicidium, et hec decisio contentionis facta est coram sculteto et scabinis civitatis et omni populo. Super hoc facto fecit scultetus bannum domini regis, ne quis hoc factum infringere presumat, et sigilli munimine civitatis consignavimus.

Schliesslich möge erwähnt werden, dass das deutsche Recht für Statusverhältnisse ebensowohl Feststellungsklagen kannte, wie das römische. So finden wir Klagen auf Anerkennung eines Hörigkeitsverhältnisses schon in den formulae Senonenses (Rozière II 581 No. 480) und zu Liutprand 125 (Boretius M. G. L. IV 461). Eine specifisch deutschrechtliche Feststellungsklage war ferner die Ahnenprobe (vgl. z. B. Loersch u. Schröder I² 280).

Alle die im vorigen Abschnitt behandelten, gemeinrechtlichen Feststellungsklagen, deren Anknüpfung an das römische Recht auf unüberwindliche Schwierigkeiten stiess und im Hinblick auf den Inhalt der Quellen gerechte Bedenken wachrufen musste, lassen sich also mühelos auf deutschrechtliche Grundlagen zurückführen.

V.

Resultat.

Wir gelangen also zu folgenden Resultaten:

I. Das theoretisch festgestellte Gleichberechtigungsverhältnis von Leistungs- und Feststellungsklage ist rechtsgeschichtlich den grössten Schwankungen unterworfen. Nach einem Ueberwuchern der Feststellungsklage in den Anfängen der Rechtsentwicklung wird dieselbe mehr und mehr beschränkt, so dass zeitweilig sogar Zweifel an ihrer Zulässigkeit überhaupt auftauchen, und erst in neuester Zeit sucht sie sich ihren legitimen Platz wieder zu erobern. Es hängt dies meiner Ansicht nach auf das Engste mit dem Verhältnis zwischen Rechtsprechung und Executive zusammen. Wo letztere noch wesentlich auf gesetzlich gestatteter Selbsthilfe beruht, genügt die Feststellung dessen, was Rechtens sei. Bei fortschreitender Rechtsentwicklung werden Leistungsklagen notwendig und gelangen zur Alleinherrschaft, wo Gericht und Obrigkeit zusammenfallen, — wie in der römischen Kaiserzeit und der Periode der entwickelten Territorialhoheit — und man die Verwirklichung seiner Ansprüche sich vom Gerichtsherrn erbitten muss. Heute, wo der Processbetrieb, besonders aber die Vollstreckung mit richterlicher Erlaubnis wieder den Parteien überlassen ist, kommt die Feststellungsklage wieder zu ihrem Recht.

II. Die Identificirung von actio praejudicialis und Feststellungsklage ist verfehlt. Die actio praejudicialis ist ein fest begrenztes, eigenartiges Rechtsinstitut mit Feststellungszweck, ein Product einer bestimmten Periode der römischen Rechtsentwicklung, nämlich des Formularprocesses, aber

durchaus nicht etwa die Feststellungsklage des römischen Rechts, welches vor und neben den actiones praejudiciales eine Reihe von Feststellungsklagen und Feststellungssurrogaten aufzuweisen hat.

III. Die Rechtsgeschichte der römischen Feststellungsklage ist mit der Justinianeischen Codification abgeschlossen. Die heutige Feststellungsklage wurzelt im deutschen Recht; will man ihr rechtsgeschichtlich näher treten, so ist die Vorbedingung eine systematische Erforschung der germanischen Feststellungsklage.

Inhalt.

Seite

Einleitung: Zur Theorie und Geschichte 5

I. Römisches Recht 9

A. Geschichtliche Vorbedingungen 9

B. Das klassische Recht:

Statusklagen — an jure bona venierint — an res maior sit centum sestertiis — quanta dos sit — an praedictum sit — querella inofficiosi — andere angebliche Feststellungsklagen — Ergebnis. 10

C. Das Justinianeische Recht 30

II. Entwicklung der gemeinrechtlichen Praxis 32

III. Anknüpfungsversuche der Theorie 38

IV. Rechtsgeschichtliche Grundlagen 43

V. Resultat 51

Thesen.

I. Die sog. Sepulcralmulten finden durch die Popularklage des praetorischen Edicts (l. 3 D. de sepulcro viol. 47, 12) ihre ausreichende Erklärung.

II. Die „rechte Gewere“ geht in letzter Linie auf eine Abspaltung der Friedlosigkeit zurück; unerlässliche Voraussetzung für ihren Erwerb ist gerichtliche Auflassung; nicht genügt tatsächlicher Besitz von Jahr und Tag.

III. Der kleine Kirchenbann ist um die Wende des 12ten und 13ten Jahrhunderts entstanden und erhält seine volle Ausbildung erst durch Gregor IX.

IV. § 52 ALR. I 16 (Zahlungen, die sich nicht auf Verträge gründen, ist der Schuldner nur da, wo er wohnt, zu leisten verpflichtet) bezieht sich nicht auf Leistungen aus unerlaubten Handlungen.

V. Der Begriff der concurrence déloyale des französischen Rechts findet in der deutschen Gesetzgebung kein genügendes Aequivalent und bedarf der reichsgesetzlichen Regelung.

Lebenslauf.

Ich, Walter Immerwahr, bin als Sohn des Rittergutsbesitzers Otto Immerwahr am 23. Februar 1863 zu Breslau geboren. Ich bin evangelischer Confession. Von Ostern 1871 ab besuchte ich das Kgl. Wilhelmsgymnasium zu Berlin und verliess dasselbe 1881 mit dem Zeugnis der Reife, um klassische Altertumswissenschaft zu studiren. In Verfolg dieser Studien erwarb ich 1885 auf Grund einer De Atalanta betitelten Dissertation die philosophische Doctorwürde der Kgl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Nach längeren Studienreisen im Ausland 1887 nach Berlin zurückgekehrt, begann ich auf dem Gebiet meiner Wissenschaft productiv tätig zu sein. Als Monographieen veröffentlichte ich „Die Lakonika des Pausanias auf ihre Quellen untersucht“ 1889 und „Die arkadischen Kulte“ 1891. Durch meine historischen Studien auch auf juristische Fragen geführt, beschloss ich 1891 zunächst rechtsgeschichtliche Vorlesungen zu hören, bald aber das juristische Studium systematisch zu betreiben. Ich absolvirte das akademische Triennium und bestand nach Abschluss desselben die erste juristische Prüfung beim Kgl. Kammergericht. Für das rege Wohlwollen und die liebenswürdige Förderung, welche mir während meiner Studienzeit seitens der hochverehrten Herren Mitglieder der Berliner Fakultät unausgesetzt in reichstem Masse zu Teil wurden, gestatte ich mir an dieser Stelle meinen ehrerbietigsten Dank auszusprechen.

Druck von Wilhelm Issleib Inhaber Gustav Schuhr, Berlin SW.